

遺産分割の前提問題と固有必要的共同訴訟 ——その比較法的研究

2012年4月入学

岡成玄太

I. 序

II. 日本法

1 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の固有必要的共同訴訟性

- (1) 判例
- (2) 分析
- (3) 昭和56年判決との関係性
 - a 学説の対立構図
 - b 共通の前提
 - c 共通の前提に対する疑問

2 「相対的処理」の可否

- (1) 遺産の範囲の相対的処理
- (2) 遺産分割の当事者の範囲の相対的処理
- (3) 対立軸としての民法906条観

3 日本法の総括と比較法への視座

- (1) 日本法の総括
 - a これまでの要約
 - b 本稿の分析枠組
- (2) 比較法の方針

III. ドイツ法

1 遺産分割の前提問題と固有必要的共同訴訟？

- (1) 遺言無効確認訴訟
- (2) 共同相続人の地位確認訴訟
- (3) 遺産の範囲の確認訴訟
- (4) 学説
- (5) 評価

2 ドイツの遺産分割制度

- (1) 遺産分割の実体的規律
 - a 分割の主体と客体
 - b 分割の実体的基準
 - (a) 共同相続人間の合意
 - (b) 被相続人による指定
 - (c) 法律上の規定
- (2) 遺産分割の方法

- a 遺言執行者による分割
- b 遺産分割契約による分割
- c 調停手続による分割
- d 遺産分割の訴えによる分割
 - (a) 意義
 - (b) 分割成熟性の要否

3 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の系譜

4 考察

- (1) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の意義
- (2) 具体的財産の帰趨
- (3) 訴訟共同・合一確定の必要
 - a 訴訟共同の必要
 - b 合一確定の必要

IV. フランス法

1 遺産分割の前提問題と固有必要的共同訴訟？

- (1) フランス法における合一確定
 - a 不可分性 (indivisibilité) を理由とする合一確定
 - b 共同訴訟と合一確定
- (2) フランスにおける訴訟共同
- (3) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟

2 フランスの遺産分割手続

- (1) 協議分割と裁判分割
- (2) 裁判分割の手続
 - a 遺産分割訴権 (action en partage) の特徴
 - b 裁判分割の手続
 - (a) 呼出状の送付
 - (b) 簡易な手続
 - (c) 複雑な手続
 - (aa) 清算書の作成
 - (aaa) 共有者間の計算関係
 - (bbb) 分割対象財産の確定

- (ccc) 各当事者の権利の確定
- (ddd) 取り分の構成
- (bb) 清算書に対する異議
- (cc) 清算書の認可
- c 抽籤
- 3 優先的帰属 (attribution préférentielle)
 - (1) 制度趣旨
 - (2) 対象となる財産
 - (3) 優先的帰属の要件
 - a 一般的要件
 - b 個別的要件
 - (4) 裁判所の判断
 - (5) 優先的帰属の効果
- 4 考察
 - (1) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の意義
 - (2) 財の配分ルールとしての抽籤と優先的帰属
 - (3) 訴訟共同・合一確定の必要
 - a 訴訟共同の必要
 - b 合一確定の必要

V. イタリア法

- 1 相続人の地位に係る訴権と必要的共同訴訟
 - (1) 遺言異議訴権
 - a 破棄院 1980年3月21日判決 3339号
 - (a) 事案
 - (b) 判旨
 - b 判例の展開
 - (2) 遺産請求訴権 (azione di petizione ereditaria)
 - a 判例
 - b 学説
 - (3) 相続不適格訴権
 - a 判例
 - b 学説
 - (4) 評価
- 2 必要的共同訴訟
 - (1) 必要的共同訴訟の3類型
 - (2) 民訴102条の制度趣旨と要件
 - a 一般論
 - b 具体例
 - (a) 法関係の形成を求める訴権
 - (b) 法関係の確認を求める訴権
 - (c) 給付を求める訴権
 - (3) 民訴102条2項の規律
 - a 対席弁論の不補充とその効果
 - b 対席弁論の補充方法
 - c 対席弁論不補充のままなされた判決の効果

- (4) 民訴102条と合一確定の要請
 - a 合一確定の要請?
 - b 合一確定の保障手段
- 3 相続人の地位に係る訴権の再検討——遺産分割の前提問題の合一確定?
 - (1) イタリアの実体法理解
 - (2) その根源?
- 4 イタリアの遺産分割制度
 - (1) 遺産分割の主体と客体
 - (2) 遺産分割の方法
 - a 協議分割 (divisione amichevole, contrattuale)
 - b 裁判分割
 - (a) 手続の開始
 - (b) 分割請求権の存否確定
 - (c) 遺産分割作業
 - (aa) 分割対象財産の形成
 - (bb) 取り分の形成
 - (cc) 分割計画の作成と承認
 - (dd) 取り分の割当と配分
 - (aaa) 明文上のルール
 - (bbb) 明文上のルールからの逸脱——裁判官の裁量の拡大
- 5 考察
 - (1) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の意義
 - (2) 裁判所による具体的財産の帰趨の決定
 - (3) 訴訟共同・合一確定の必要
 - a 合一確定の必要
 - b 訴訟共同の必要

VI. 日本法の再分析

- 1 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟
 - (1) 総論
 - a 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の複層性
 - b 裁断準備型訴訟の規律
 - c 協議促進型訴訟の規律
 - (2) 各論
 - a 遺言無効確認訴訟
 - b 遺産確認訴訟
 - c 相続人の地位不存在確認訴訟
- 2 遺産分割の前提問題と合一確定
 - (1) 裁断準備型訴訟と合一確定
 - (2) 解釈の選択肢
 - (3) 検討
 - a 金銭価値の分配規範?
 - b 具体的財産の帰趨への関心の程度
 - (4) 結論
 - (5) 協議促進型訴訟と合一確定
- 3 結語——残された問題

I. 序

遺産分割を実現するためには、相続人の範囲、遺言の存否と有効性、相続分、遺産の範囲等の様々な前提問題（＝遺産分割の前提問題）を解決する必要がある。最決昭和41年3月2日民集20巻3号360頁（以下、昭和41年決定¹⁾）によれば、家庭裁判所が家事調停・家事審判の前提事項として遺産分割の前提問題につき判断することも妨げられないが、遺産分割の前提問題は本来的に訴訟事項である以上、公開・対審の訴訟手続でこれを争う途も直ちには否定されない²⁾。

さて、遺産分割の前提問題を争うための訴訟として、遺産確認訴訟と相続人の地位不存在確認訴訟とが判例・学説上認められている。そして、最判平成元年3月28日民集43巻3号167頁が遺産確認訴訟を、最判平成16年7月6日民集58巻5号1319頁が相続人の地位不存在確認訴訟を、それぞれ固有必要的共同訴訟であると性質決定したのは周知の通りである。

ところで、これに先立つ最判昭和56年9月11日民集35巻6号1013頁は、遺産分割方法の指定を含む遺言無効確認訴訟を固有必要的共同訴訟ではないと性質決定していた。翻って考えるに、少なくとも一定の内容を含む遺言の有効性は、遺産分割の前提問題として位置付けられるべきことがらである。このことから、学説上、平成元年判決・平成16年判決のロジックと、昭和56年判決の結論との整合性を問題としつつ、遺言無効確認訴訟の規律を問いなおす作業が試みられつつある³⁾。その結果、判例による従来の立場を維持する見解と、遺産分割の前提問題となる遺言の無効確認訴訟は固有必要的共同訴訟であるとする見解とが対立するに至っている。

このように、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を、遺言無効確認訴訟まで含めて固有必要的共同訴訟と解すべきか否かという問題は、我が国においてアクチュアリティーをもって議論されているテーマであり、本稿ではこの問題が探究される。

採用する方法は比較法である。しかし、今述べた問題意識を踏まえて外国法に目を遣ると、直ちに看取されるのは、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を固有必要的共同訴訟と解すべきかという問題が、我が国におけるとは異なり、少なくとも正面からは議論されていないという事実である。問題はそれがなぜかということである。ある問題を根本的に解決するためには、その問題が発生する原因に対する省察が不可欠である。とすれば、比較法を通じて、本稿の扱う問題が他ならぬ我が国でのみ論じられなければならない理由を明らかにしておくことは、解釈論を展開する前提作業としてそれ自体有益であろう。

かくして本稿は、比較法を通して、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を固有必要的共同訴訟とすべきか否かという問題が我が国において議論されなければならない理由を探りつつ、それを踏まえて遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の在り方を問いなおすことを目的とする。

論述は、以下の通りに行われる。IIでは、日本の判例・学説における遺産分割の前提問題と固有必要的共同訴訟に関する議論を整理する。その際には、遺産確認訴訟及び相続人の地位不存在確認訴訟を固有必要的共同訴訟と性質決定する判例・学説のロジックを明らかにすることと、それを踏まえての学説による遺言無効確認訴訟の再検討作業に焦点が当てられる。それらに対して若干の批判的検討を試み、比較法の課題を提示する。III、IV、Vでは、順にドイツ法、フランス法、イタリ

1) 以下、初出でない判決・決定は、〇〇年判決・決定と略称することとする。

2) 「直ちには」としたのは、周知の通り、最判平成7年3月7日民集49巻3号893頁が遺産分割の前提問題と位置付けうる特定の財産の特別受益財産性の確認を求める訴訟を不適法とし、次いで最判平成12年2月24日民集54巻2号523頁が同様に位置付けうる具体的相続分の確認を求める訴訟を不適法とした経緯を踏まえてのことである。

3) この点については後に詳述するが、もっぱら例示的に、山本克己「遺産分割の前提問題の確認対象としての適格性——最小判昭和61年3月13日民集40巻2号389頁」法教284号78頁、84頁（2004）。

ア法の検討が行われる。なお、ドイツ法とフランス法を扱うのは、我が国の民法・民事訴訟法に与えた影響の大きさという一般的な理由によるところもあるが、両国は遺産分割のスタイルを大きく異にしており、比較検討する素材として興味深いと考えられるためである。これに加えてイタリア法を取り上げるのは、イタリア法は我が国の固有必要的共同訴訟に近い制度を明文上有しており、かつ、イタリアにおいては遺産分割の前提問題の確認訴訟に関して部分的に当該制度が適用されているようにも見えるため、これまた比較検討する素材として興味深いと考えられるためである。これらの作業を踏まえた上で、VIにおいて再び日本法を分析することとしたい。

II. 日本法

1 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の固有必要的共同訴訟性

(1) 判例

判例は、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟として、(一定の内容を有する)遺言の無効確認訴訟、遺産確認訴訟、相続人の地位不存在確認訴訟を適法と認めており、そのうち、遺産確認訴訟、相続人の地位不存在確認訴訟を固有必要的共同訴訟であるとしている。

すなわち、遺産確認訴訟に関する平成元年判決⁴⁾は、「遺産確認の訴えは、当該財産が

現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴えであり、その原告勝訴の確定判決は、当該財産が遺産分割の対象である財産であることを既判力をもって確定し、これに続く遺産分割審判の手續及び右審判の確定後において、当該財産の遺産帰属性を争うことを許さないとすることによって共同相続人間の紛争の解決に資することができるのであつて、この点に右訴えの適法性を肯定する実質的根拠があるのであるから(最高裁昭和57年(オ)第184号同61年3月13日第一小法廷判決・民集40巻2号389頁参照)、右訴えは、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要するいわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である」と判示した。

更に、相続人の地位不存在確認訴訟に関する平成16年判決⁵⁾は、「被相続人の遺産につき特定の共同相続人が相続人の地位を有するか否かの点は、遺産分割をすべき当事者の範囲、相続分及び遺留分の算定等の相続関係の処理における基本的な事項の前提となる事柄である。そして、共同相続人が、他の共同相続人に対し、その者が被相続人の遺産につき相続人の地位を有しないことの確認を求める訴えは、当該他の共同相続人に相続欠格事由があるか否か等を審理判断し、遺産分割前の共有関係にある当該遺産につきその者が相続人の地位を有するか否かを既判力をもって確定することにより、遺産分割審判の手續等における上記の点に関する紛議の発生を防止

4) 本判決に対する評釈としては、松下淳一「判批」法教108号90頁(1989)、梅善夫「判批」法セ419号128頁(1989)、山本和彦「判批」ジュリ946号49頁(1989)、徳田和幸「判批」判評373号(判時1333号)38頁(1990)、宗田親彦「判批」法学研究(慶應義塾大学法学研究会)63巻4号110頁(1990)、吉原護郎「判批」立教大学大学院法学研究10号61頁(1990)、高田昌宏「判批」重判平成元年度(ジュリ臨増957号)124頁(1989)、杉浦智紹「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選II』352頁(1992)、同「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選II(新法対応補正版)』364頁(1998)、田中壮太「判解」最判解民事篇平成元年度96頁(1991)、升田純「判批」判タ735号278頁(1990)、越山和広「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選(第4版)』216頁(2010)等がある。また、本判決の検討を含め、遺産確認訴訟につき包括的な検討を試みるものとして、上野泰男「遺産確認の訴について——最高裁平成1年3月28日判決の検討をかねて——」関西大学法学論集39巻6号1539頁(1990)、徳田和幸「遺産確認の訴えの特質に関する一考察」石川明古稀『現代社会における民事手続法の展開(上)』525頁(商事法務、2002)がある。

5) 本判決の評釈としては、和田吉弘「判批」法セ601号123頁(2005)、堤龍弥「判批」重判平成16年度(ジュリ臨増1291号)132頁(2005)、菱田雄郷「判批」民商132巻6号864頁(2005)、川嶋隆憲「判批」法学研究(慶應義塾大学法学研究会)78巻10号98頁(2005)、小野寺規夫=古屋光司「判批」判タ臨増1215号206頁(2006)、藤本利一「判批」リマークス32号112頁(2006)、杉本和士「判批」早稲田法学82巻2号161頁(2007)、太田晃詳「判解」最判解民事篇平成16年度(下)421頁(2007)等がある。

し、共同相続人間の紛争解決に資することを目的とするものである。このような上記訴えの趣旨、目的にかんがみると、上記訴えは、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要するものというべきであり、いわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である」とした。

これを前提に、以下では、両判決に対する学説の議論を、時系列に必ずしも拘らずに整理して分析することを試みる。

(2) 分析

多くの学説は、結論において両判例を支持している⁶⁾。ここでは、その結論がどのような論拠に支えられているのかを分析しよう。すると、従来の学説は、大きく分けて二つの点を指摘してきたことが看取される。

第一に、ある財産の遺産帰属性や共同相続人たる地位の有無が、共同相続人間で区々に判断されることになれば、遺産分割の協議及び審判が實際上困難になるという点が指摘される⁷⁾。ここでいう困難とは、端的に言えば、遺産分割の協議及び審判における実体法関係の処理が錯雑化してしまうことを意味すると思われる。仮に固有必要的共同訴訟としなかった場合、「判決の内容によってはかえって紛争が長期化、複雑化することにもなるのであって、画一的な解決の必要性が高

い。遺産分割は、その一つ一つの前提問題を画一的に、的確に解決することによってはじめて、着実にその手続を進行させ、その解決を実現できるものである」⁸⁾等とされるのである。

第二に、遺産分割の前提問題を判決で確定したとしても、当該判決の既判力に拘束されない当事者が、遺産分割審判の手続において、あるいは審判の後に、再度訴訟を提起することができると思えば、審判の遅延ないし覆滅という望ましからざる自体が発生することも指摘される⁹⁾。すなわち、「遺産分割の当事者である共同相続人全員を当事者としなければ、後に争いの種を残すことになる」¹⁰⁾とか、「全員が争えない状態にあってはじめて遺産分割の安定を期待できる」¹¹⁾とされるのである。

さて、この二つの論拠は、いずれも、確認訴訟に続く遺産分割手続を円滑に進行させるための環境整備に関心を払うものであると言える。この点に着目して、現在の学説の多くは、両判決を「訴訟物たる権利関係の実体法上の性質に依拠することなく、紛争解決の実効性という機能面に着目して固有必要的共同訴訟か否かを判断する」¹²⁾という、いわゆる訴訟政策的考慮に基づくものであると評価している¹³⁾。そして、最高裁は一般に

6) 例えば、前掲注4)・5)掲記の諸評釈はいずれも判旨に対して少なくとも明示的には反対していない。学説において例外的に反対を唱えるものとして、西理「民事訴訟法上のいくつかの論点について(上)」判時2122号3頁、9頁以下(2011)。

7) 例えば、山本(和)・前掲注4)50頁、菱田・前掲注5)869-870頁。

8) 升田・前掲注4)279頁。

9) 山本(和)・前掲注4)50頁、升田・前掲注4)279頁、松下・前掲注4)91頁、藤本・前掲注5)115頁、川嶋・前掲注5)102-103頁等。

10) 升田・前掲注4)279頁。

11) 松下・前掲注4)91頁。

12) 菱田・前掲注5)875-876頁。

13) もっとも、少なくとも平成元年判決に関する限り、別の読み方をする余地は十分にあったというべきである。つまり、判旨は「遺産確認の訴えは、当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴え」であることを固有必要的共同訴訟性を導く第一の論拠としてあげており、先例及び伝統的な管理処分権説からすれば、この点をもって決着がついたはずだからである。しかし、当時の評釈を見ると、松下・前掲注4)、山本(和)・前掲注4)等、この説示には特段の意義を認めず、機能面に着目した判決であると読むものが多数である(もっとも、逆に、実体面のみを指摘する評釈として梅・前掲注4)、吉原・前掲注4)がある)。評釈で唯一実体面と機能面との両者に言及するのは高田(昌)・前掲注4)125頁であるが、「実体面」を判旨のいう「実質的根拠」のうちを含める読み方をしているように見え、やや不自然であろう。これに対して、調査官解説である田中(壮)・前掲注4)104-105頁は、周到に、判旨が実体面と機能面の観点双方を論拠としていることを前提に論じている。

平成16年判決となると、判例のテキストを見ても「訴訟物たる権利関係に関する管理処分権の帰属形態によつ

固有必要的共同訴訟という規律の拡大に警戒的であるものの、「遺産分割の前提問題に関する限りでは」以上のような手法を「抵抗なく用いる」との評価もなされている¹⁴⁾。

(3) 昭和56年判決との関係性

a 学説の対立構図

もともと、以上の議論からすれば、遺産分割の前提となる事項を内容に含む遺言の無効確認訴訟も、同様に固有必要的共同訴訟とすべきなのではないかとの疑問が生じる¹⁵⁾。翻って、それを否定した昭和56年判決¹⁶⁾と、平成元年判決及び平成16年判決との整合性が問われることになるのである¹⁷⁾。

学説には、一方で、遺言無効確認訴訟はあくまで通常共同訴訟¹⁸⁾で構わないとする立場が存在する¹⁹⁾。こちらの陣営に有力な論

拠を提供しているのは山本和彦教授である。山本和彦教授は、「〔平成元年判決の〕判旨をより一般的な視点から見れば、それは遺産分割の前提問題として一定の訴訟事項がある場合に、その訴訟について合一確定の必要及び固有必要的共同訴訟性を認めたものと言える²⁰⁾とされた上で、「ただ、遺言の場合は性質上その内容が多岐に互る可能性があり、その対象は必ずしも遺産分割の前提となる事項に限らず（後見人の指定など）、その関係者も共同相続人には限らない（第三者に対する遺贈など）」）。よって、「むしろ常に固有必要的共同訴訟を要求すると手続が過度に複雑になるおそれもあり（無効を確認したい事項に関係ない者をも被告とする必要が生じるなど）、また遺言の内容によって区別した取扱

て固有必要的共同訴訟か否かを決するという伝統的な判断枠組みの存在感は前掲・最判平成元年以上に希薄である（菱田・前掲注5)868頁）。調査官解説である太田・前掲注5)430頁は、本判決が実体法的観点と訴訟法的観点との総合考慮に出たものと指摘するが、太田調査官の解説を読む限り、訴訟法的考察だけで終局的な結論が出ているように見え、実体法的考察がいかなる意味で考慮されているのかは、全く明らかでない。

14) 菱田・前掲注5)875-876頁。

15) 調査官解説である浅生・後掲注16)508頁でさえ、遺言の効力は合一確定されるのが望ましいことは疑いがないとし、そのような目的を完全な形で実現するには固有必要的共同訴訟の考え方が適しているとする。当時の学説でも、例えば高橋＝米倉・後掲注16)198頁が「遺言の有効無効を相続人全員の間で一律に定めることは遺産の分配を円滑迅速に進めるために極めて望ましい」としており、この認識に異を唱える学説は、以後現れていない。また、実務家からも、例えば古くは高野芳久「遺言無効確認の訴えの適否等」判タ688号360頁、363頁（1989）が同旨を述べ、また、近時では石田明彦ほか「遺言無効確認請求事件の研究（下）」判タ1195号81頁、86頁（2006）が、同様の認識を踏まえた運営上の工夫を論じている。

16) 昭和56年判決には、主たる法的争点が三つ存在する。第一に、具体的相続分がゼロとなる相続人が遺言無効の確認を求め訴えの利益を有するか。第二に、本件遺言無効確認訴訟は固有必要的共同訴訟か。第三に、本件遺言が共同遺言の禁止（民法975条）に反しないか。昭和56年判決に対する評釈のうちで、本稿が問題とする第二の論点に言及するものとしては、小山昇「判批」判評282号（判時1043号）182頁（1982）、山田恒久「判批」法学研究（慶應義塾大学法学研究会）55巻9号1174頁（1982）、牧山一治「判批」判タ505号218頁（1983）、高橋宏志＝米倉明「判批」法協100巻1号187頁（1983）、浅生重機「判解」最判解民事篇昭和56年度500頁（1986）が存在する。なお、第一審の評釈として、中村英郎「判批」判評248号（判時935号）183頁（1979）が、原審の評釈として岡垣学「判批」判タ390号232頁（1979）が存在する。

17) 平成元年判決の評釈でこの点について論じるものとしては、松下・前掲注4)91頁、山本（和）・前掲注4)53頁、調査官解説である田中（壮）・前掲注4)113頁注18がある。なお、徳田・前掲注4)「判批」201頁は「ちなみに」として昭和56年判決を紹介するものの、本判決との関係について論じるものではない。平成16年判決の評釈では、堤・前掲注5)133頁、菱田・前掲注5)872-873頁、川嶋・前掲注5)104-105頁、藤本・前掲注5)115頁、更に調査官解説である太田・前掲注5)432-433頁があげられる。また、山本（克）・前掲注3)84頁、畑瑞穂「演習」法教306号116頁、117頁（2006）等も参照。

18) 遺言無効確認訴訟が「通常共同訴訟である」という論じ方は本来奇妙であり、遺言無効確認訴訟は、「固有必要的共同訴訟としての規律にも、類似必要的共同訴訟としての規律にも服さない」とするのが精確である（当然ながら共同訴訟の形態をとらずに訴訟が行われることもありえ、その場合には「通常共同訴訟である」との表現は当たらないからである）。しかし、便宜上、以下では「固有必要的共同訴訟としての規律にも、類似必要的共同訴訟としての規律にも服さない」という意味で、遺言無効確認訴訟は「通常共同訴訟である」という表現を用いることとする。

19) 山本（和）・前掲注4)53頁、田中（壮）・前掲注4)113頁注18、菱田・前掲注5)872-873頁、川嶋・前掲注5)104-105頁、太田・前掲注5)432-433頁。

20) 山本（和）・前掲注4)52頁。

いをすることも複雑で原告の予測可能性を害する可能性もあろう」と述べ、遺産確認訴訟における本判決のロジックが遺言無効確認訴訟には必ずしも妥当しないと論証するのである²¹⁾。

これに対して、平成元年判決、平成16年判決のロジックからすれば、やはり遺言無効確認訴訟も固有必要的共同訴訟と解すべきだとする見解も一定数存在する²²⁾。特に高橋宏志教授は、山本和彦教授の議論を踏まえた上で、「遺言の内容によって分けるのは複雑で原告の予測可能性を害するというが、しかし、遺産分割手続が後行しうるものという視点で眺めれば、極端に複雑だとか困難だとかいうこともない。遺言無効確認は原則として固有必要的共同訴訟だとしてよいのではなかろうか²³⁾と論じている。

このように、遺言無効確認訴訟に関する限

り、固有必要的共同訴訟説と通常共同訴訟説とが対立している²⁴⁾。その構図を改めて整理すれば、次の通りである。問題となる遺言の内容が遺産分割の前提問題である場合には、その有効性を固有必要的共同訴訟で確定するのが望ましい。他方で、遺言には、遺産分割の前提問題でない内容が含まれることもあり、その有効性を確認する場合まで固有必要的共同訴訟であるとするのは過剰規制である。かくして、遺言の内容に応じて結論を分けるという立場が構想される。意見が分かれるのはこの立場をどう評価するかという点においてであり、このような規律がもたらす便益（＝後行する遺産分割手続の環境整備）と費用（＝手続の複雑化、原告の予測可能性等）とを比較衡量した際、いずれを優先させるのかによって、この立場の採用に踏み切るか、遺言無効確認訴訟は一律に通常共同訴訟であ

21) 山本(和)・前掲注4)53頁。菱田・前掲注5)872-873頁も同旨。田中(壮)・前掲注4)113頁注18はこの議論を援用して、昭和56年判決と平成元年判決は事案が異なるとするが、その真意は明らかではない。太田・前掲注5)432-433頁は、①「遺言無効確認訴訟については、比較的早期にその適法性が承認され、訴訟共同に関する伝統的な考え方(通常共同訴訟を原則として、固有必要的共同訴訟とする場合を限定的に捉える考え方)を基本として、その法的性質については通常共同訴訟であるという見解が早くから通説的地位を占め、これに従った実務の取扱いがされてきたという経緯」と②「共同相続に関する遺言については、さまざまな遺言の内容が考えられ、その中には共同相続人の全員に必ずしも強い利害関係を有しないものもある可能性」とから、「理論的整合性についてはやや不明な点は残るとしても、遺言確認訴訟については通常共同訴訟として扱うという現在の実務は必ずしも不合理なものではないと考えられよう」という(やや苦しい)弁解を試みた上で、439頁注17で山本和彦教授の議論を援用する。

22) 堤・前掲注5)132頁は昭和56年判決も固有必要的共同訴訟とすべきであったと論じ、藤本・前掲注5)114頁も遺言無効確認訴訟につき紛争解決の実効性、遺産分割審判等との連携を踏まえて、固有必要的共同訴訟と解する余地をなお考えるべきと思われているとしている。また、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)(第2版補訂版)』344頁注32(有斐閣、2014)も固有必要的共同訴訟説に立つ。

23) 高橋・前掲注22)344頁注32。

24) 精確を期せば、類似必要的共同訴訟の成立をいう議論も存在してきた。まず、昭和56年判決以前に、中村英郎「特別共同訴訟理論の再構成」中村宗雄古稀『民事訴訟の法理』187頁、198頁(敬文堂出版部、1965)が、「訴訟物の合一確定を訴訟終了後の時点よりふり返って考え、既判力の抵触回避というもっぱら訴訟法的な観点からこれを考察」するHellwig以降の学説・判例を批判し、「訴訟は実体法と訴訟法の総合の場である」とする見地から、「合一確定の概念を考える場合にも、実体法的な考察をぬきには妥当な結果はえられないであろう」とする。そして、「合一確定を実体法の側面をも併せて考えるならば、それは、訴訟物が共同訴訟人につき実体法上合一に裁判されなければならない場合ということになる」とし、例えば、「相続人、遺言執行者、共同受遺者を共同被告とする遺言無効確認請求訴訟」は類似必要的共同訴訟になると結論付けていた。が、これは中村教授の必要的共同訴訟理論の帰結として導かれている結論であり、本文で述べた議論状況とは異なる平面に立つものである。本稿の検討対象からは外す。また、高橋=米倉・前掲注16)200頁も、「判旨は固有必要的共同訴訟でない」と判示するのみで、類似必要的共同訴訟が否かについては触れていない」とし、「理論としては類似必要的共同訴訟を肯定すべきであろう」とする。とはいえこれは判例の読み方としてそうだと言っているに過ぎないとも取れること、類似必要的共同訴訟は判決効の拡張がある場合に成立するという通説的理解からは外れること、高橋教授自身、本文で述べた通り、後に固有必要的共同訴訟説を主張していることに照らし、こちらも本稿の検討対象からは外す。もっとも、本来は、通説の枠組を批判して、この場合にも類似必要的共同訴訟と解する余地があるのかどうかを検討する必要があるであろうことは確かである。また、山本克己「遺産確認の訴えに関する若干の問題——最(一小)判昭和61年3月13日を契機に——」判タ652号28頁注33(1988)が、訴訟告知を活用した興味深い解釈論を展開しているが、さしあたりは視野の外に置くこととする。

ると割り切るかの態度決定がなされているのである。

b 共通の前提

もっとも、以上のような対立は、次のような共通の前提の下にこそ成り立っていることに注意が必要である。つまり、遺産分割の前提問題を内容とする遺言の有効性を確認する訴訟が、固有必要的共同訴訟とされなければならない必然性はないと考えている点では、両陣営に理解の一致が見られるのである。このことは、翻って、同じく遺産分割の前提問題が争われる遺産確認訴訟や相続人の地位不存在確認訴訟が固有必要的共同訴訟とされることも必然ではないこと、言い換えれば、仮にこれらを通常共同訴訟であると解したとしても、(その当否はともかく、) 致命的な問題までは生じないと理解されていることを意味しよう。裏から言えば、これらの訴訟を固有必要的共同訴訟とすることで実現される便益は、実現されるに越したことがないことは疑いがないとしても、いかなる費用をかけても実現すべき絶対的な要請であるとまでは考えられていないのである。

このことを敷衍すれば次の通りである。先ほど来の整理によると、便益の第一は、遺産分割の前提問題たる実体法関係が区々に確定することで、遺産分割手続における処理が錯雑化することの防止である。学説は、遺産分割も最終的には財産帰属の争いに過ぎない以上、遺産分割の前提問題が区々に確定されていたとしても、遺産分割を実現すること自体は可能であると理解してきた²⁵⁾。すなわち、例えばある人にとっては遺言が有効であり、ある人にとっては遺言が無効であるとの状況が生じて、それを前提に実体関係に沿った財産分配を行うことは不可能でなく(こうし

た処理を以下では「相対的処理」と呼称する)、ただ、複雑な処理が要求されるがゆえに望ましくないというに過ぎないと考えるのである。そうであるとすれば、この要請をもって、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を固有必要的共同訴訟とすることが必然であるとまでは言えないことになる。

次に、便益の第二は、確認訴訟の既判力に拘束されない当事者が残存することに由来する審判手続の遅延・覆滅の防止であるが、これも結局は訴訟経済の問題に還元されると評価することが可能であり、他の事情を差し置いても絶対的に守るべき便益であるとはいえない。かくして、ここからも固有必要的共同訴訟とすることが必然であるとの理解は導かれるのである。

c 共通の前提に対する疑問

しかし、実際に遺産分割実務を担う実務家による議論の中には、こうした前提に疑いを抱かせるものが存在する。例えば、遺産分割に関する実務家サイド筆頭の論客である田中恒朗判事は、以下のような興味深い議論を展開する。

「訴訟裁判所の確定判決が存在しても、遺産の分割に関する処分は、……第三者との関係において、右判決によって確認された権利関係を再吟味する必要を生ずるのであるから、それが身分関係存否確認の人事訴訟の判決のように対世的効力を有するものでないかぎり、当然に家庭裁判所を拘束するものではない。しかし、対第三者との関係を生じない場合は、家庭裁判所は、当該判決が相続人全員に対して既判力を有するものであるかぎり、これに従うべきである」²⁶⁾。

つまり、遺産分割の前提問題に関する訴訟の確定判決が存在したとしても、家庭裁判所

25) この認識を初めて明確化したのは、恐らく高橋=米倉・前掲注16)198頁である。昭和56年の事案につき、XらがYらに対して遺言無効確認訴訟で勝訴した後に、その訴訟で当事者とならなかったAらが遺言無効確認訴訟を起こし、Yらとの間で遺言が有効とされたとする、まず遺言を有効とした場合の分配を考え、そこでAら、Yらの取り分を彼らに取得させる、つぎに遺言を無効とし法律の相続分に従った分配を考えそこでXらYらの取り分を彼らに取得させる、後者の分配でのAらの取り分はYらに対抗できないのでそれはYらのものになるという。同評釈で、高橋教授は相続人たる地位についても相対的処理が可能であると論ずる(199頁)。山本(和)・前掲注4)50頁、菱田・前掲注5)872頁等、取り扱う局面は異なるれど、後の有力な論者による論攷にも同様の認識が見られる。また、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)(第2版補訂版)』741頁以下(有斐閣、2013)も参照。

26) 田中恒朗「遺産分割手続の前提問題」中川善之助追悼『現代家族法大系5(相続2)遺産分割・遺言等』36頁、38頁(有斐閣、1979)。

がそれに従わなくてよい場合がある。それは第一に、第三者との関係が生じる場合であり、第二に、第三者との関係が生じず、かつ、訴訟裁判所の判決が相続人（正確には遺産分割の当事者）全員に既判力を生じない場合であるとされる。このことの帰結として、例えば共同相続人甲乙丙の間である建物の遺産帰属性が問題になった場合、以下のようなことが起こる。当該建物の単独所有を主張する甲が、乙のみに対して所有権確認訴訟を提起し、甲勝訴の判決が確定した場合でも、家庭裁判所は甲丙間の紛争の有無に拘らず、この建物の遺産帰属性の有無を審理判断しなければならず、その結果、これが甲の所有ではなく遺産に属するものであるとの判断に達した場合には、甲乙間の確定判決の存在を無視しなければならない²⁷⁾。

そして、このような議論をしなければならないのは、「遺産分割の前提問題としての遺産の範囲の確定は相続人全員につき合一になされなければならない。そうでなければ遺産分割の処分を行うことは不可能である」からだとされるのである²⁸⁾。

また、山崎まさよ判事も、相続人たる地位の存否に係る判決の既判力について、「遺産分割の審判においては、全ての当事者の間で相続人たる地位（相続権）の存否について画一的な認定をなしたうえ、これに基づいて、終局的審判をなす必要があるのであるから、右既判力が多数当事者のうちの一部についてしか及んでいないような場合には、家庭裁判所は、独自の立場で相続人たる地位（相続権）の存否について画一的な認定をせざるを得ず、右既判力による拘束を受けない」（傍点筆者）と主張する²⁹⁾。

では、こうした議論は学説の理解といかなる関係に立つてであろうか。まず、ここで展開されている議論は、先ほど来の整理でいう第

一の便益の性質をどのように評価するかという問題に関わるということを指摘できる。すなわち、学説は、「遺産分割の前提問題が区々に確定された場合でも、相対的処理は可能である」という理解を前提に、遺産分割の前提問題たる実体法関係の画一的な確定という第一の便益の実現を（望ましくはあれ）必要不可欠なものではないと理解してきた。これに対して、田中・山崎両判事は、前提問題の画一的確定なくしては遺産分割審判を実現することは不可能である（その意味で、画一的確定の実現が不可欠である）と主張しているのである。こうした状況を踏まえれば、「遺産分割の前提問題が区々に確定された場合でも、相対的処理は可能である」という命題の真偽を改めて検証しておく必要があるだろう。

2 「相対的処理」の可否

(1) 遺産の範囲の相対的処理

実は、昭和56年判決に対する小山昇教授の評釈が、同様の問題を既に提起していた³⁰⁾。ここでは、その小山教授の問題提起を出発点としよう。小山教授は、以下のような設例を立てる。

ある不動産（300万円）を共同相続人の一人である甲に特定遺贈する遺言の無効確認訴訟を、同じく共同相続人である乙と丙が提起し、乙は勝訴したが丙は敗訴した。相続財産は、銀行預金2400万円及び本件不動産のみである。この場合、遺言が無効ならば、遺産分割の価額比は、甲：乙：丙＝900万円：900万円：900万円になり、不動産の帰属は民法906条により定まる。他方、遺言が有効ならば、遺産分割の価額比は、甲：乙：丙＝600万円：900万円：900万円となり、本件不動産は別に甲に帰属することになる。

27) 田中恒朗「遺産分割の前提問題と民事訴訟」同『遺産分割の理論と実務』31頁、33-34頁（判例タイムズ社、1993）〔初出1976〕。なお、相対的処理の可能性を初めに示した高橋＝米倉・前掲注16)203頁注11においても、複雑なケースでは事実上処理に窮することもおこりえようとし、既判力無視を許す田中恒朗判事の見解が引用されている。

28) 田中（恒）・前掲注27)33-34頁。また、田中恒朗「遺産分割の前提問題——訴訟と審判との交錯——」判タ321号30頁（1975）も参照。

29) 山崎まさよ「相続権存否確認の訴え」判タ688号218頁、219頁（1989）。

30) 小山・前掲注16)186頁。

小山教授は、この場合、遺産分割審判手続において、乙及び甲がそれぞれの勝訴判決を援用したら裁判所はどうすべきかと問うた上で、当該不動産を丙に帰属させることはできないが、乙に（民法 906 条により）帰属させることはできないわけではない、ということになるのであろうかと迷われる³¹⁾。結果として、「遺産分割審判の前提としては、遺言の有効無効が相続人間に画一的に確定され、もって、遺贈の対象たる財産が分割の対象になるか否かが画一的に定まっていることが、手続進行上、面倒がないことであろう」とする³²⁾。

この指摘は何を意味するのであろうか。民法 906 条は、「遺産の分割は、遺産に属する物又は権利の種類及び性質、各相続人の年齢、職業、心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮してこれをする」と定めており、一般に、これは家庭裁判所が審判を行うに際しての裁判規範としても機能すると解されている³³⁾。すると、遺言では甲に帰属させるべしとされているある具体的財産について、遺言が無効であることを前提に民法 906 条に従って判断すれば、乙又は丙に帰属させるのが望ましいという状況が生じうる。かかる状況のもとで、遺言の有効性に関する相矛盾する既判力を複数の当事者がそれぞれ援用した場合、家庭裁判所は具体的財産の帰趨に関する複数の矛盾する規範（遺言という規範と、民法 906 条という規範）の前でディレンマに陥ることになる。より具体的に検討すれば、次の通りである。

まず、遺言によっても民法 906 条によっても、問題の具体的財産を甲に帰属させるのが

妥当と考えられる場合には、今述べた意味でのディレンマが生じないので問題はない。

次に、民法 906 条が乙への帰属を指示する場合、甲乙間では遺言が無効であるから、甲の勝訴判決を無視して乙への帰属を許すことも考えられる。しかしその場合には、遺言が有効であることを前提にして甲丙間の相続分率を計算すると、却って甲が害されることになる（つまり、甲は不動産を得られず、かつ持戻しを前提とした 600 万円の相続分しか得られないことになる）。それが不当だとすれば、甲の相続分を丙との関係でも 900 万円とするか、そもそも乙への帰属を論理的に否定するかであるが、いずれにしても、結局全員の間で遺言が有効又は無効のいずれかに画一的に確定された場合と同様の処理を採用することを意味し、かつ、そのいずれをとるべきかの基準は明らかでない。

最後に、民法 906 条が丙への帰属を指示する場合はどうか。小山教授は、民法 906 条に基づき丙に帰属させることは許されないとしている。しかし、利害を同じくしている乙丙間では遺言の無効を前提としてもものを考える必要であろうから、丙も乙との関係では当該具体的財産の共有持分権を有するはずである（丙にとっても当該具体的財産は遺産であると評価されうる）³⁴⁾。そうだとすれば、民法 906 条に基づき不動産を丙に帰属させるという選択肢もありうるように思われるが、これは甲丙間の前訴判決に正面から抵触するようにも思われる。また、仮に審判で丙に帰属させることが許されるとして、事後に甲が丙に対して所有権に基づく明渡請求等を行った場合、いかなる判断を下すべきであるのか

31) 小山・前掲注 16)186 頁。

32) 小山・前掲注 16)186 頁。

33) 例えば内田貴『民法Ⅳ（補訂版） 親族・相続』415-416 頁（東京大学出版会，2004）は民法 906 条を「相続人の中に年少者、心身に障害を持つ者、生活困窮者等がいるときは、それぞれの実情に応じたきめの細かい配慮をして、各相続人にふさわしい財産が配分されるように分割すべきことを明確にする趣旨」であるとし、協議分割との関係では一応の指針に過ぎないが、審判分割との関係では、これに反すれば違法となる裁判基準であるとする。審判との関係においてのみ意味を認める見解が一般的であるが（例えば、谷口知平＝久貴忠彦編『新版注釈民法(27) 相続(2)（補訂版）』320 頁〔潮見佳男〕（有斐閣，2013）協議分割においても意味を認める見解として、谷口知平＝久貴忠彦編『新版注釈民法(27) 相続(2)』356-357 頁〔伊藤昌司〕（有斐閣，1989）、伊藤昌司『相続法』333 頁（有斐閣，2002）、梶村太市「遺産分割の瑕疵」島津一郎古稀『講座・現代家族法(5) 遺産分割』195 頁，204 頁（日本評論社，1992）。

34) 事案は異なるが、高橋・前掲注 25)742 頁にも同様の発想が見られる。

も、直ちには明らかでない。

これと同様の問題は、遺産分割方法の指定を内容とする遺言の有効性が問題となった昭和56年判決の事案においても生じるであろう。更に、遺言を抜きにしても、ある財産が甲乙間では遺産でないことが確認されているが、甲丙間、乙丙間では遺産であると確認されている場合、裁判所が民法906条に基づいて、丙にこれを帰属させることができるかといった問題が生じる。

(2) 遺産分割の当事者の範囲の相対的処理

以上では、遺産分割の対象財産を巡って処理が相対化する局面を問題とした。次に、遺産分割の当事者の範囲が相対的に確定された場合にも本当に相対的処理ができるのかを確認しておこう。これは、平成16年判決のような事例のほか、相続人以外の者への割合的包括遺贈の効力が相対的に決められた場合、認知の遺言の効力が相対的に決められた場合、廃除又はその取消しの遺言の効力が相対的に決められた場合等にも生じる問題である。

例えば、法定相続分が2分の1ずつの相続人甲・乙がおり、遺言で、丙に持分3分の1の割合的包括遺贈がなされたとしよう。甲と乙が丙を被告として遺言無効確認訴訟を起こし、甲が勝訴、乙が敗訴したとすると、各人の相続分は甲が2分の1、乙が3分の1、丙が6分の1となると考えることができそうである³⁵⁾。このような処理をした上で、[各人にとっての相続分]×[各人にとっての遺産総額]によって導かれる金銭価値に対応する財産を各人がとればよいということになり、完璧に相対的処理ができているようにも思われる。

とはいえ、家庭裁判所が具体的財産の帰趨を決する段階まで考慮に入れても、そのように割り切れるであろうか。例えば、遺産が無個性な種類物(典型的には金銭)だけで構成

されているケースでは、何らの支障もないであろう。しかし、遺産に個性のある特定物が含まれている場合には、問題があるのではないだろうか。

例えば、丙は被相続人の年老いた内縁の妻であり、甲・乙は被相続人の子供であるとする。被相続人は本件不動産上で丙と同居していた。被相続人亡き今、老身の丙にとっては本件不動産が唯一の生活基盤であり、転居には甚だしい苦痛が伴う。一方甲は、自らの事業拡大のために、本件不動産をぜひとも現物で取得したいと考えており、乙は本件不動産に全く無関心である。本件不動産の金銭価値は、遺産の総金銭価値の6分の1である。

家庭裁判所が本件不動産の帰趨を決するとき、いかに判断すべきか。甲・乙・丙三者が当事者であることを前提とすれば、民法906条はこれを丙に与えるよう指示するであろう。しかし、丙に勝訴した甲からすれば、遺産分割の当事者は甲・乙のみである。甲・乙の二者のみが当事者であることを前提に判断すれば、民法906条はこれを甲に与えるように指示するであろう。かくして家庭裁判所は、ここでも、矛盾する前提のもと、具体的財産の帰趨に関してディレンマに陥るのではないだろうか。

(3) 対立軸としての民法906条観

このように見てみると、相対的処理が困難に直面する可能性があるのは、遺産に含まれる具体的な特定財産の帰趨を家庭裁判所が民法906条に従って決定するに際してであることが分かる。そして、民法906条という規定を巡るイメージの対立が、相対的処理の可能性を巡る見解の対立を裏から支えているということができそうである。具体的には次の通りである。

まず、「財産aは相続人Aに与えなければならない」という形で、具体的財産の帰趨を一義的に指示する規範として民法906条をイ

35) 本文の解釈は、次のような理解に基づいている。甲にとって遺言は完全に無効であるから、甲は法定相続分である2分の1を得る。乙丙間では遺言が有効なので3分の1、3分の1となりそうであるが、これでは三者の合計が1を超える。乙が敗訴によって被らねばならないのは、遺言に基づく相続分で満足を強いられる不利益にとどまり、それ以上の負担が課されるべきではないから、乙の3分の1は固定され、丙は残余である6分の1のみを享受する。丙は甲との関係で敗訴しているから、遺言が有効であった場合の半分しか享受できないことは合理的である。

メージし、その指示に反する遺産分割は違法になるという解釈を前提にすれば、(1)(2)で見たディレンマは法的に深刻な事態となる。

対して、この前提を否定した場合、ディレンマは事実上のものに過ぎないと考えることもできる。(1)であげた例では、具体的財産の帰趨に関しては遺言を尊重する判断をすれば当たり障りがなく（一部で無効とされている以上、遺言に基づくことは必然ではないとしても、疑義をなくすために遺言と矛盾しない判断をしておけば足りる³⁶⁾）、(2)の例でも、裁判所は特に遺言の有効性を気にせず、甲又は乙のより相応しいと思われる方に不動産を帰属させてしまえばそれで構わない（甲は遺言が無効だからといって不動産を要求する権利を有しないし、丙も遺言が有効だからといって不動産を要求する権利を有しない以上、結果的にどちらに不動産が渡ったとしても違法はない）ことになる。例えば高橋教授は、先に述べた相対的処理の帰結として、個別財産の配分は遺言の通りにすならないことを認めている³⁷⁾。この発想は、遺産分割において、具体的財産の帰趨にはあまり重きを置かず、金銭による補償等を駆使して、[各人にとっての相続分] × [各人にとっての遺産総額] で算出される抽象的な金銭的価値に対応する何らかの財産を、各人が最終的に獲得すればそれで十分であるとの思考（＝民法

906条に特段の意味を認めない思考）の表れかと思われる。そして、このように解する限りでは、相対的処理ができることはある意味自明であり³⁸⁾、前提問題の画一的な確定も過度に重要視されるべき要請ではないことになろう。

もっとも、後者の立場から、相対的処理が不可能であるとは言わないまでも、相対的処理は「遺産分割の総合性ないし不可分性を示す民法906条からして望ましくないことは明らか」³⁹⁾であるとか、相対的に遺産分割を進めれば「遺産分割は極めて歪んだ形とならざるを得ない」⁴⁰⁾等と論じられるときには、前提問題の画一的な確定がされないことにより、遺産分割を円滑に進行させられないという事実上の問題にとどまらず、法的に見て何か望ましからざる事態が発生することが想定されていると見える。この「法的に見て何か望ましからざる事態」の意味を重く捉えるのであれば、仮に相対的処理が事実上は可能であるとしても、そうした処理は実体法の趣旨に反する違法な処理であり、法律上は許されないと論ずる可能性も出てこよう。

かくして、民法906条のイメージ（ひいては遺産分割の在り方そのもの）を巡る認識の対立が重要な意味を持つことになる。しかし、民法906条をどのようにイメージするかにつき、実体法学における業績も含め、我が

36) なお、有効な遺言が存在する場合、遺言の内容と抵触する遺産分割はできないとされている（例示的に、橋勝治「遺産分割事件と遺言書の取扱い」中川追悼・前掲注26)58頁、61頁）。

37) 高橋＝米倉・前掲注16)198頁。

38) 具体的な財産の分配を視野に入れず、専ら抽象的に考える場合、相対的処理ができることには異論がないであろう。遺産分割と同様、財産を多数当事者に分配する手続である民事執行法上の配当手続において、債権者の一人が他の債権者の債権額を争って配当異議の訴えを提起し、それが認容された場合の処理については見解の対立が見られるが、そのいずれもが相対的な処理を当然の前提として認めており、それに対する疑念が全く存在しないことが示唆的である（学説の対立につき、中野貞一郎『民事執行法（増補新訂6版）』545-546頁（青林書院、2010）。そうした対立にもかかわらず、「債権者間の配当異議訴訟では、その結果による配当表内容の更正……ないし新配当表の調製は、訴訟当事者たる債権者双方の配当額だけについて、当初の配当表の記載に変更を加えることによってなされ、当事者とならない他の債権者の受けるべき配当額は、当初の配当表のまま維持される（相対的処理の原則）」（547頁）という一般の説示がなされていることを参照）。民事執行法上の配当手続では、無個性な金銭を無個性な金銭債権者に機械的・割合的に配分すればそれでよく、抽象的な権利確定のレベルと、具体的な財産の配分のレベルとを分けて観念する必要性がないのである。これに対して遺産分割手続では、手続に参加する当事者に個性があり、手続で分配されるべき財産にも個性がある。家庭裁判所は、抽象的に各当事者の持分を確定するのみならず、具体的な財産を当事者に分配するという作業を強いられるのであり、抽象的な次元と具体的な次元とを独立に観念する可能性が生じるのである。この二次元の分節をどの程度重視するか、後者の次元が持つ意味に、どれほどの価値を置くか、という点に対立の本質があるように思われる。

39) 山本（和）・前掲注4)50頁。

40) 菱田・前掲注5)870頁。

国には十分な議論の蓄積があるとは言いがたいように思われる。

3 日本法の総括と比較法への視座

(1) 日本法の総括

a これまでの要約

IIの最後に、これまでの議論を要約しつつ、理論的観点からの整理を施しておくこととする。

遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を固有必要的共同訴訟と解することのメリットとして、学説は、①遺産分割の前提となる実体法関係を画一的に確定することにより、遺産分割手続の錯雑化を防止すること、②遺産分割審判の当事者を既判力で拘束することにより、審判の遅延・蒸し返しを防ぐことを主として挙げてきた。

もともと、①②はいずれも必須の要請であるとは考えられておらず、だからこそ、遺産分割の前提問題を内容とする遺言の無効確認訴訟を固有必要的共同訴訟とすることも必然とは言えないと解されてきた。しかし、民法906条の理解次第では、遺産分割の前提問題を画一的に確定するという要請が、手続の錯雑化防止という観点から望ましいというに止まらず、実体関係に則した適法な遺産分割審判の実現のために必須であるとされる可能性があることが示された。

b 本稿の分析枠組

とはいえ、仮に前提問題の画一的な確定が民法906条の観点から必須であるとしても、そこから直ちに、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を固有必要的共同訴訟と解することが必須であるとの結論が導かれるわけではないことに注意をする必要がある。固有必要的共同訴訟とは、一定の範囲の者全員が当事者にならなければ訴えが不適法になるという意

味での訴訟共同の規律と、民事訴訟法40条の適用により手続の進行を合一たらしめ、結果、当事者全員に対する画一的な判決を実現するという意味での合一確定の規律とを併せ持つ訴訟類型である。この観点から、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟が固有必要的共同訴訟と解されるべき理由として学説が挙げる二つの論拠を再検討すれば、①は合一確定の規律に、②は訴訟共同の規律にそれぞれ対応するものであると評価できる⁴¹⁾。このように整理すると、民法906条につき特定のイメージを採用することから導かれうるのは、固有必要的共同訴訟という規律を採用する必然性ではなく、遺産分割の前提問題を画一的に確定するための何らかの規律を採用する必然性である。前提問題の画一的な確定は、判決効の拡張や、矛盾する判決が現存する場合の付加的なルールの採用という方法によっても（少なくとも観念的には）実現する余地があることに照らせば、固有必要的共同訴訟という規律の採用はありうる選択肢のうちの一つであるに過ぎないと言える。

このような視角を準備すると、例えば解釈論上の争いがある遺言無効確認訴訟の規律を考えるに際しても、それを固有必要的共同訴訟とすべきか否かという問題設定には過不足があるということが分かる。すなわち、遺言の有効性を画一的に確定するための他の手段を想定しない点で不足があり、画一的確定が要請されれば訴訟共同も必然的に付随すると考えている点で過剰である。また、訴訟共同のみを要求するという選択肢が排除されてしまっている点にも不足があろう⁴²⁾。このように考えると、固有必要的共同訴訟か否かという二者択一の分析枠組ではなく、訴訟共同と合一確定が元来別の狙いを持つ規律であることを踏まえ両者を自覚的に分離する有力な分析枠組⁴³⁾を用いて問題を分析すること

41) 山本(和)・前掲注4)50頁の「動的な合一確定」、「静的な合一確定」という整理は、本稿の「合一確定(画一的確定)」、「訴訟共同」という整理に対応する。

42) 「遺産帰属性に関する判決の結果はともかく、それが一部当事者の間でのみ確定したに過ぎないときは、訴訟に関与しなかった他の相続人が遺産分割審判において、またはその終了後に審判の結果を争って再度提訴できるとすると、結局審判の遅延ないし覆滅の可能性が残るので、これを阻止すべき」(傍点筆者)(山本(和)・前掲注4)50頁)という思考を徹底すれば、訴訟共同のみを要求すれば必要十分ということになる(藤本・前掲注5)115頁、川嶋・前掲注5)102頁も判例の理解としてこの点に着目する)。

が、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の在り方を問いなおすという本稿の関心からすれば、より有効かつ適切であると言えよう。

なお、便宜上、ここで以下の用語法について断わっておくこととする。以下で「合一確定」という言葉は、判決の内容を画一的にすることを意味するために用いる。すなわち、「合一確定」の一語をもって、民訴40条の適用までも含意することは基本的にないということである。

(2) 比較法の方針

こうした見通しを持って、以下では比較法的分析を行うが、ここでその方針を述べておこう。まず、(1)で述べた視角から、各国において、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟が固有必要的共同訴訟とされているか否かという視点に止まらず、訴訟共同・合一確定という規律がそれぞれ採用されているか否かという視点を用意することが有益となる。次に、Iで述べたとおり、諸外国では、この問題が我が国におけるのと異なりそれほど熱心に論じられていない。そこで、それは何故なのかという視点を用意することが必要になる。この視点は、必然的に、各国の遺産分割制度そのものに対する考察を要求することになる。

Ⅲ. ドイツ法⁴⁴⁾

1 遺産分割の前提問題と固有必要的共同訴訟？

本章から比較法的な分析に入り、まずはドイツ法⁴⁵⁾を検討の対象とする。体系的な位置付けの問題を置き、事実として述べれば、ドイツにも我が国と同様、遺産分割の前提問題に関する不確かさを除去するための確認訴訟⁴⁶⁾が存在する。ここでは、それらの訴訟が我が国と同様に固有必要的共同訴訟と解されているか否か、あるいは、解すべきであるとする議論が存在するか否か、という点に絞った分析を行う。確認訴訟の類型は多様に想定されるが、我が国での議論との対比をより容易にするために、遺言無効確認訴訟、相続人の地位確認訴訟、遺産の範囲の確認訴訟の三つを取り上げることとする。

(1) 遺言無効確認訴訟

ドイツでも、紛争の抜本的解決をもたらしようとの理由で、遺言無効確認訴訟は適法であるとされている⁴⁷⁾。では、この訴訟は固有必要的共同訴訟であると解されているのであろうか。

43) 「合一確定」と「訴訟共同」とを識別して考察することの一般的な有益性については、高田裕成「多数当事者紛争の『画一的解決』と『一回的解決』」民訴35号186頁(1989)、同「いわゆる『訴訟共同の必要』についての覚え書」三ヶ月章古稀『民事手続法学の革新(中)』175頁、特に182頁以下(有斐閣,1991)。

44) この章で頻繁に引用する文献を、略記の方法とともに予め掲げておく。

Rosenberg/Schwab/Gottwald: Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010.

Schilken: Eberhard Schilken, Zivilprozessrecht, 6. Aufl., 2010.

Stein/Jonas/Bearbeiter: Stein/Jonas/, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., 2002 ff. (bearb. Berger/Bork/Brehm/Grunsky/Leipold/Münzberg/Oberhammer/Roth/Schlosser/Wagner).

MünchKomm-ZPO/Bearbeiter: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 2007/09.

Brox/Walker: Brox/Walker, Erbrecht, 25. Aufl., 2012.

MünchKomm-BGB/Bearbeiter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., 2006 ff.

MünchKomm-FamFG/Bearbeiter: Münchener Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 17. Aufl., 2011.

45) なお、ドイツの相続法については邦語文献からも比較的詳細な知識を得ることができる。例えば、太田武男=佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』(三省堂,1989)、ドイツ相続法研究会「遺言(1)——西ドイツ相続法注解2——(21)——ドイツ相続法注解2——」民商103巻2号310頁(1990)~128巻6号867頁(2003)を参照。

46) ドイツでは、ZPO256条1項が「原告が、権利関係又は証書の真否を裁判所の裁判により即時に確定することの法的利益を有しているときは、権利関係の存在又は不存在の確認を求め、証書の承認を求め、又は証書の不真正の確認を求める訴えを提起することができる」として、確認訴訟の適法性を明文で認めている。

47) *Albrecht Zeuner, Überlegungen zum Begriff des Rechtsverhältnisses i.S.von§256 ZPO, Festschrift für Ekkehard Schumann: zum 70. Geburtstag, 2001, S. 595, 601 f.* 今日では基本的に異論はないと思われる。Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald, §49 III Rn. 30; Stein/Jonas/Roth, Band 4, §256 Rn. 28.*

この点について示した最上級審の判例として、BGH1957年1月9日判決⁴⁸⁾が存在する。原告は、遺言で指定された複数の共同相続人⁴⁹⁾を被告として、この相続人指定を始めとする一連の終意処分⁵⁰⁾が無効であることの確認を求めた。BGHは結論として、被告側に必要的共同訴訟が成立することはないと判示した。以下、判旨の関連部分を示す。

「ZPO62条によれば、必要的共同訴訟となるのは、係争法関係が共同訴訟人の全員について合一にのみ確定されうる場合、又はその他の理由から共同訴訟が必要的になる場合である。第一の類型の事例としては、主として、以下のような訴えが考えられる。つまり、単一の法関係に関して一つの法形成がもたらされるべき訴え、例えば、合名会社の解散の訴えや、共同出資者の除名に関する訴え、夫と検察官により共同提起された子供の嫡出性否認の訴え、又は婚姻無効の訴え等である。二つ目の理由からは、共同権利者の一人による訴えや、共同債務者の一人に対する訴えが、実体適格の欠缺ゆえに却下されなければならない場合に、必要的共同訴訟が生じる。本件は、いずれのケースにもあたらない。

原告は、終意処分が無効であることの確認を求めている。それによって原告が実質的に求めているのは、共同相続人としての資格の確認である。確かに、ある被告との関係では原告が相続権を有していることが確認され、他方ではその逆が別の被告との間で有効に確認されるということは非論理的である。しかしそれでも被告側に必要的共同訴訟が生じることはない。実際、各々の確認が論理的一貫性を欠くとしても、そういう事態は観念できるし、ありうることである。そう解することで困難も生じうるが、しかしそれは解決不可能というわけではない。原告は、被告との関係では共同相続人として、そして他の者との関係では相続財産から排除されたものとして取り扱われうるのである。遺言無効確認の訴えを提起された被告らは、したがって、必要的共同訴訟人たる地位を形成しない。

このように、1957年判決は、相続人の指定を内容とする遺言の無効確認訴訟につき、必要的共同訴訟は成立しないとした。判旨の論理を確認すると、まず判旨は、ZPO62条1項⁵¹⁾の文言に基づき、必要的共同訴訟が成立する場合を、①係争法関係が共同訴訟人の

48) BGHZ 23, 73, 75 = NJW 1957, 537.

49) ドイツにおいて遺言が担う役割は、日本におけるそれとやや異なる。ドイツの遺言で定めることができる事項としては、以下のものを挙げるができる。その中でも、最も重要な役割を担うとされているのが、ここで問題となっている相続人の指定であるとされる (Brox/Walker, §8 Rn. 87)。

- 1, 法定の相続から逸脱することの定め: 相続人指定 (BGB1937条), 相続人の廃除 (BGB1938条), 先位相続人, 後位相続人の指名 (BGB2100条以下) 代用相続人の指名 (BGB2096条以下)。
- 2, 個々の贈与: 遺贈 (BGB1939条, 2147条以下), 負担 (BGB1940条, 2192条以下), 30日権の法定ルールからの逸脱 (BGB1969条1項2号)。
- 3, 複数の相続人がいる場合の遺産分割についての定め: 遺産分割の禁止 (BGB2044条), 分割指定 (BGB2048条以下), 調整義務 (BGB2050条)。
- 4, 遺留分についての定め: 遺留分の制限 (BGB2336条, 2338条)。
- 5, 完全な又は部分的な死因処分の取消しについての定め: 遺言による遺言の撤回 (BGB2254条, 2258条), 共同遺言による相互指名的処分の新たな共同遺言による撤回, 相続契約の新たな相続契約による取消し, 遺言による(契約相手の死亡後の)相続契約の解除権の実行 (BGB2297条以下)。
- 6, 第三者の地位に関する定め: 遺言執行者の指名 (BGB2197条以下), 第三者の適切な裁量に従い共同相続人の遺産分割が行われるべきことの定め (BGB2048条 S2), 遺贈の選択 (BGB2151条), 遺贈の対象 (BGB2154条)を決定する第三者の指名, 仲裁廷の指定 (ZPO1066条)。
- 7, 家族法上の内容についての定め 詳細略。
- 8, 生存中の法律行為についての定め 詳細略。

50) 終意処分 (letztwillige Verfügung) は遺言の別称である。

51) 問題の条文とその拙訳を掲載しておく。

§62 (Notwendige Streitgenossenschaft)

(1) Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grund eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten

全員について合一にのみ確定されうる場合（ZPO62条1項前段）と、②その他の理由により共同訴訟が必要的になる場合（ZPO62条1項後段）であるとする。現在の学説は、①を訴訟法的理由に基づく必要的共同訴訟、②を実体法的理由に基づく必要的共同訴訟と整理している⁵²⁾。①については、そのような合一の判決が必要となるのは、順次訴訟が行われた場合に、既判力の拡張が生じる場合であると説明される⁵³⁾。つまり、これは我が国の議論でいう類似必要的共同訴訟に対応する。他方、②は実体法上の理由から多数人が訴え又は訴えられなければならない場合であり、この場合には、個々の訴訟が他の訴訟にとって不利な形で処分されることが妨げられるとされる⁵⁴⁾。つまり、これは我が国の議論でいう固有必要的共同訴訟に対応する。要するに、結論として本判決は、相続人の指定を内容とする遺言の無効確認訴訟が（我が国流に言う）固有必要的共同訴訟にも、類似必要的共同訴訟にもあたらないことを、言い換えれば、遺言無効確認訴訟には合一確定の必要も訴訟共同の必要も認められないことを示した判例であると評価することができる。

なお、念のため付言すれば、本件で問題となった遺言は相続人の指定を内容として含むものであるから、当該遺言が遺産分割の前提問題にはならないと位置付けることはできないであろう。

(2) 共同相続人の地位確認訴訟

共同相続人の地位の確認訴訟について、大審院1919年3月3日判決⁵⁵⁾は、原告が自己の相続分の確認及び遺産目録の公表等を求めて、四人の共同相続人のうち二人を相手と

して出訴した事案に関し、「共同相続人の相続財産請求について、相続人全員に対して合一確定をしなければならない必要性はない。個々の相続人に対する判断が異なる結果になれば、原告の相続分が個々の共同相続人との関係において別々に算定されざるをえず、確かな困難を帰結することになる。しかしこの困難は全く解決不可能ではなく、共同相続人間の必要的共同訴訟を承認する権限を与えない」とし、本案判決をすべきとの判断を示している。

一見して分かるように、先に掲げた遺言無効確認に係るBGH判決もこの判決を下敷きにしている（明示的に引用している）。したがって、現在でもこの大審院の判断は生きていてよい。もっとも、大審院で争われたのは、厳密には固有必要的共同訴訟性の有無に過ぎなかった。しかし、先のBGH判決によって、共同相続人の地位確認訴訟の類似必要的共同訴訟性も否定されたと解してよいであろう。

(3) 遺産の範囲の確認訴訟

遺産分割の前提問題として遺産の範囲が争われることもある。もっとも、我が国における遺産確認訴訟とは異なり、遺産たる不動産から生まれた収益が遺産に含まれるか、又は物上代位の対象物が遺産に含まれるかといった形で争われるのが典型例なようである⁵⁶⁾。が、この訴訟が固有必要的共同訴訟か否かという議論は基本的に存在せず、当然に、訴訟共同の必要も合一確定の必要もないものと解されているようである⁵⁷⁾。

(4) 学説

これらの判例について、学説は基本的に異

angesehen.

・62条（必要的共同訴訟）

(1) 係争法関係が共同訴訟人の全員について合一にのみ確定されうる場合、又はその他の理由から共同訴訟が必要的になる場合に、共同訴訟人の一部のみによって期日又は期限が懈怠されたときは、懈怠した共同訴訟人は、懈怠しなかった共同訴訟人によって代理されたものとみなされる。

52) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, §49 I Rn. 3; *Schilken*, Rn. 672.

53) BGHZ 30,195=NJW 1959, 1683; Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, §49 II Rn. 4; *Schilken*, Rn. 673.

54) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, §49 III Rn. 18.

55) RGZ 3.3.1919 (RGZ 95, 97).

56) 以上につき、*Walter Krug*, Die Erbteilungsklage, Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis 2008, S. 62, 68.

57) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 68.

論を唱えていない⁵⁸⁾。唯一、遺言無効確認訴訟については反対説と見るべき見解が存在する⁵⁹⁾が、結論のみ述べれば、この学説も我が国における議論とは全く違う観点から遺言無効確認訴訟を類似必要的共同訴訟化すべきと論じているだけであり、本稿の関心との関係では有意味とは言いがたい⁶⁰⁾。

(5) 評価

以上からすると、ドイツにも遺産分割の前提問題を争う確認訴訟は存在しているが、それを固有必要的共同訴訟であるとする議論は、全く存在しないと見える。また、結論としてそうであるのみならず、合一確定・訴訟共同の必要が真剣に論じられることさえない

ということも明らかである。かくして、問題は、我が国で意識される問題がドイツで意識されないのはなぜなのかという点に先送りされたことになる。

2 ドイツの遺産分割制度

1の末尾で立てた問題に答えるためには、ドイツの遺産分割の在り方について考察する必要があるだろう。そこで、2ではドイツの遺産分割制度を本稿の議論との関係から概観することとしよう。

58) 遺言無効確認訴訟につき、*Wolfram Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, 1961, S. 93; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, §49 III Rn. 30. 後者では特に理由が述べられていないが、Henckelは若干の実質論を述べている。曰く、「ここでは、遺産が原告の権利によって負担をかけられているかどうかが重要なのではなく、単に、それぞれの共同相続人の相続分が、原告が相続人共同体に属していることに対応して減ずるかどうか、また、原告の協力権によって他の共同相続人の管理権限が縮減するかどうかという問題が重要なのである。したがって、紛争はそれぞれの共同相続人が単独で守ることができる権利と利益とを巡って展開するのである。共同相続人のうちの一人を相手取って確認をすれば、その一人の遺産に対する権利が原告との関係で縮減するのであり、したがって、それだけで原告に利益がもたらされることになるのである」。つまり、ここでは、各々の相続人間に生じる個別の権利義務関係に物事が完璧に還元して捉えられていると評価できる。

59) *Eberhard Wieser, Notwendige Streitgenossenschaft*, NJW2000, S. 1163.

60) かくしてWieserの議論は脚注で紹介しておくに留める。論者は、原告が遺言によって指定された二人の相続人に対し遺言無効確認の訴えを提起するという1957年判決と同様の事例を取り上げ、以下のように論じる。

「原告がBとCとに対して遺言の無効確認訴訟を提起したとする。実体法によれば、確かに、遺言の個別の条項は、その有効性を別々に判断される。よって、Bの指定は無効、Cの指定は有効、ということはある。しかし、遺言全体、つまりBとCの相続人指定が同時に無効でありかつ有効であるということはない。つまり、相対的に、遺言全体が、Bとの関係では無効であり、Cとの関係では有効であるということはないのである。そのような内容の確認をする判決は、明らかに、現行法に抵触するであろう」(*Wieser, a.a.O. (Anm.59), S. 1163*)。

その上で、論者はこの事例におけるZPO62条1項前段該当性を承認する(つまり、我が国でいう類似必要的共同訴訟性を肯定する)。その際のロジックは以下のようなものである。

その訴訟が並行してではなく順次行われたならば、前訴の既判力が後訴に及ぶときのみZPO62条1項前段該当性が認められるという判例のロジックは、以下の点を見過している。つまり、訴訟が順次行われる場合には、関係者は前訴に当事者として参加していないために手続保障がないが、並行して行われる場合には、そのような問題が生じないという違いがある。そうだとすれば、順次行われた場合の矛盾判決が甘受されなければいけない場合(=判決効の拡張がない場合)には、並行して行われたときにも矛盾判決が甘受されてしかるべきだ(=訴訟共同は要求できない)との論理は説得的でなく、仮に順次行った場合には矛盾判決が出る可能性があるとしても、あくまで並行して行う以上は、矛盾判決を避けるべきだと理解もありうる(1163)。

もっとも論者も、ZPO62条1項後段該当性(つまり我が国で言う固有必要的共同訴訟性)を認めるわけではないので、第一にBが訴えられて棄却判決が確定した後に、原告が再びCを訴えて認容判決を勝ち取る(つまり、遺言の有効性に関する判断が画一的でなくなる)場合があることを否定しない。論者がZPO62条1項後段該当性の承認に消極的なのは、Cが遺言の有効性を争っていない限り、Cに対する遺言無効確認の訴えは確認の利益(ZPO256条)を欠くと考えるためである。それでも、BとCとに対して現に共同訴訟が提起された場合には、民事訴訟は可能な限り内容上正当な判決をもたらすべきであるという観点から、必要的共同訴訟性を肯定すべきだといえるのである。

このように、Wieserの議論は遺産分割との関係を念頭において遺言無効確認訴訟の訴訟共同・合一確定をいうものではなく、実体法との関係を視野にいれた必要的共同訴訟論一般の立て直しの試みの一事例として、遺言無効確認訴訟の合一確定をいうものである。なお、これは我が国における中村英郎教授の議論と親近性を有しているといえる(前掲注24)参照)。

(1) 遺産分割の実体的規律

a 分割の主体と客体

相続共同体は、元来永続を予定されておらず、最終的には解消されることが予定された「解消的共同」であるとされる⁶¹⁾。したがって、原則として共同相続人はいつでも遺産分割を求めることができる (BGB2042 条 1 項)⁶²⁾。敷衍すると、遺産分割に必要な一切の措置につき、全ての共同相続人の協力を求めることを内容とする請求権 (遺産分割請求権 = Auseinandersetzungsanspruch) が観念されている⁶³⁾。そして、共同相続人、遺産分割のために指定された遺言執行者 (BGB2204 条)、知っている相続人の不在管理人、持分の譲受人 (BGB2033 条) は、原則としてこれを随時行使できるとされているのである⁶⁴⁾。なお、これに対して、遺産債権者、後位相続人、遺産保護人 (BGB1960 条, 1961 条)、持分を譲渡した共同相続人は、分割を請求することができない。

遺産分割の対象となるのは「遺産」(Nachlass)⁶⁵⁾ であるが、ここでいう「遺産」とは、「積極財産と消極財産とを含む、被相続人の財産の個々の物品ないし構成要素の総体」を意味するとされる⁶⁶⁾。

b 分割の実体的基準

(a) 共同相続人間の合意

次に、遺産分割に際して依拠すべき実体的基準について概観する。遺産分割は、原則として私的自治に基づいてなされる。したがって、分割の基準として最優先されるのは、共同相続人間の合意である。被相続人による分割方法の指定も、共同相続人間の合意によって排除することが可能である。

(b) 被相続人による指定

共同相続人間で合意が成立しない場合に

は、被相続人による分割方法の指定が重要な意味をもつ。被相続人による分割方法の指定は、共同相続人間の合意と同じ債務法上の効果を持つものとされている⁶⁷⁾。また、被相続人の指定によって、実体法的にのみならず、手続法的にも、法定の分割方法を回避することができる⁶⁸⁾。例えば、遺産の換価に際して、特定の競売方法を指定すること等が可能である⁶⁸⁾。

(c) 法律上の規定

共同相続人の合意、被相続人による分割方法の指定のいずれもが存在しない場合には、遺産分割に関する法律上の規定 (BGB2042 条 2 項, 2046 条以下, 752 条以下) が実体的な基準となる。

それによると、原則としてまずは優先的に遺産債務が弁済され (BGB2046 条 1 項)、その後、残余を相続分の割合に応じて相続人に分配する (BGB2047 条 1 項)。残余財産の分配は、原則として現物分割によって行う (BGB752 条)。もっとも、この原則が適用されるのは、以下の 3 要件を満たす場合のみである。①共有財産が均質に分割されるものであること、②共同相続人の相続分に対応する均質な分割が可能であること、③そのような分割によって、価値の減少が生じないこと、の 3 要件である。逆に、現物分割にかかる費用、実用性、あるいは、公共的・個人的・家族的利益の毀損といった諸要素は、現物分割の可否を決するにあたって考慮されない⁶⁹⁾。

これらの条件を満たす財産は少なく、実務上争いなく現物分割の対象として認められているのは、金銭や有価証券、可分債権、同種の種類物等のみである⁷⁰⁾。他方、争いのもととなりやすい不動産は、原則として現物分

61) BGH ZErB 2002, 352 = FamRZ 2002, 1621.

62) ただし、BGB2043 条以下に例外が定められている。

63) MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 4.

64) MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 6.

65) もっとも、以下の叙述では、文脈上明らかな場合には特に断りなく、Nachlass に含まれる個々の物品のことも遺産と呼ぶこととする。

66) MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 5.

67) BGH, NJW 2002, 2712.

68) MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 22.

69) Uwe Krenz, Die Auseinandersetzung der Erbgemeinschaft, AcP195(1995), S.361, 363.

割の対象とはなり得ない⁷¹⁾。現物分割をなしえない場合には、遺産を競売し、その売得金を分配することになる（売却による分割：BGB753条）。動産及び債権は担保競売の方法（BGB1233条以下、1277条、1279条以下）に従い、土地は強制競売の方法（ZVG180条以下）に従い、売却される。この際、被相続人が遺産の単独所有者であった場合には、各共同相続人が、競売の申立権を有する（BGB753条2項）⁷²⁾。売却によって得られた金銭は、BGB2041条にいう代位物として、新たに遺産に組み込まれる（つまり、売却によって直ちに分割が済むとは観念されない。現物分割可能な遺産への転換が生じたに過ぎず、そこから改めて各人の持分に応じた分割を実施する必要がある）。

しかし、かかる競売権を無制約に行使させていたのでは、理不尽な合意を強要するために競売権が濫用されるという不当な事態を招きかねない⁷³⁾。そこでBGH⁷⁴⁾は、典型的には換価されようとしている財産が、ある共同相続人の生活基盤をなしている土地である場合等、換価分割を行うことが、通常の事例と比較してある共同相続人に著しく過酷な結果を招来するという場合には、換価を求めている共同相続人も、例外的に、（等質ではないが）等価値での現物分割や、共有持分権の譲渡で満足しなければならないとされている。また、事例判決とも思われるが、共有者間の内部関係に基づき、共有財産を共有者の

うちの一人の単独所有に帰せしめる「義務」が生じうることを示す判決も存在する⁷⁵⁾。

もつとも、常に競売がうまくいくとは限らないから（その場合にはBGB753条2項に基づいて、競売は何度も繰り返されうる）、換価できない対象物は、相続人間で任意売却等の合意が成立しない限り、未分割の遺産としていつまでも残されることになる⁷⁶⁾。

さて、こうした法律上の規定に基づく遺産分割最大の問題点は、以上のようなルールからの逸脱がほとんど許されていないという点にあるとされる⁷⁷⁾。つまり、結局のところ、運よく競売等が円滑に進行するか、共同相続人間で任意売却等の合意が形成されない限り、いつまでも分割は実現されないのである⁷⁸⁾。それゆえ、裁判所による個々の共同相続人に対する物の形成的な割当を可能にしようとする議論もしばしばなされるが、現行法はそのような形成的な決定を採用する枠組を有していない⁷⁹⁾。

(2) 遺産分割の方法

次に、以上の基準に基づく遺産分割を実現する手続について検討する。法は、遺産分割の方法について、いくつかの選択肢を用意している。それらのうち特に重要な四つの方法（遺言執行者による分割、遺産分割契約による分割、調停手続による分割、遺産分割の訴えによる分割）について、検討を行うこととする。

70) *Krenz*, a.a.O. (Anm. 69), 363, *MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 24.

71) 建物が建っていない土地であっても、複数の小区画へと分割すれば、価格減少は避けられないから、現物分割は許されないであろう（*Krenz*, a.a.O. (Anm. 69), 363, OLG Hamm NJW-RR1992, 656）。また、建物についても、区分所有権を設定して現物分割することはできないと考えられている（*Krenz*, a.a.O. (Anm. 69), 363, BGH DB 1952, 968）。

72) *MünchKomm-BGB/Karsten Schmidt*, §753, Rn. 4 ff, *MünchKomm-FamFG/Zimmermann*, §363, Rn. 11.

73) ドイツにおいては、*Diitz*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3. Aufl., §2042, Rn. 3 のように、こうした「合意圧力」を肯定的に捉える見解も存在するが、*Krenz*, a.a.O. (Anm. 69), S. 366 は、一人の共同相続人のエゴイズムによって、先祖伝来の家財を維持しようとしたり、理想的な相続人に中小規模の営業を帰属させようとしたりする他の共同相続人の努力が無効化されてしまうことを指摘している。

74) BGHZ 58, 146, 147=NJW1972, 818, 819.

75) BGHZ 68, 299=NJW1977, 1234. この判例には学説の側からの批判がある（*Krenz*, a.a.O. (Anm. 69), S.368s）。

76) *MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 25.

77) *MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 26.

78) *MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 26 はこれをうけて、結局のところ分割に関する問題は共同相続人の理性的な行動によってしか解決できないのであると悲観的に評する。

79) *MünchKomm-BGB/Karsten Schmidt*, §753, Rn. 2, *MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 26.

a 遺言執行者による分割

相続人全員のために遺言執行者が選任されている場合には⁸⁰⁾、共同相続人の合意によって遺産分割をする余地はなく、反対の定めがない限り、遺言執行者が遺産分割を実行する (BGB2204 条, 2208 条)。遺言執行者は、分割計画⁸¹⁾を作成するに際して、共同相続人の合意や指示に拘束されないばかりか、共同相続人から同意を得る必要もない。ただし、その実行に先んじて遺言執行者は共同相続人に意見を聴くこととされる (BGB2204 条 2 項)。特別に裁量を付与されていない限り (BGB2048 条)、遺言執行者は被相続人の指示を尊重しなければならない。

なお、共同相続人の一人が、遺言執行者の作成した分割計画の無効確認訴訟を遺言執行者及び他の共同相続人を被告として提起した場合、これは必要的共同訴訟とならないとされている⁸²⁾。

b 遺産分割契約による分割

共同相続人ら⁸³⁾は、私的自治の原理に基づき、遺産分割契約を締結して遺産を分割することができる。契約締結に際する要式的な縛りはない。この契約は、物権的な意味における分割の基礎をなす、債権的な効果を生ずる⁸⁴⁾。例えば、(通常は応分の補償と引換えに) 全相続分を一人の共同相続人に移転させる内容の合意も有効である。

c 調停手続による分割

遺産分割契約を締結するための方法として、遺産裁判所が主宰する⁸⁵⁾ 調停手続を挙

げることができる (FamFG363 条 1 項)。この手続は、あくまで合意を獲得することを目的とする調整型の手続であるから、合意を強制することができないのはもちろんのこと、我が国における調停に代わる決定・審判 (民事調停法 17 条, 家事事件手続法 284 条 1 項) のような制度も存在しない。また、この手続の外にも、多数当事者が訴訟共同の規律に服して行われる裁断型の遺産分割手続は、ドイツには存在しない⁸⁶⁾。

当該手続を使わずに合意の形成を試みる場合と比較して、この調停手続を利用する意義は主として以下の 2 点にある。第一に、手続参加者が期日に継続的に出頭しなかった場合、当該手続参加者は、最終的に同意をしたものとみなされる (FamFG366 条 3 項, 368 条 2 項)⁸⁷⁾。これにより、遺産分割に関心のない不熱心な共同相続人の存在が遺産分割の障害になるというリスクを回避できる。また、第二に、遺産裁判所の確証決定を経て、形成された合意が債務名義としての効力を有することになる。

更に、次に述べる遺産分割の訴え (訴訟手続) を利用する場合と比較すると、以下のようなメリットがあるとされる⁸⁸⁾。まず、この手続では民事訴訟とは異なって職権探知主義が採られているから、申立人は遺産の範囲を自ら突き止め、算定し、申立書において具申する必要がないとされる。次に、遺産裁判所が案を提示してくれるため、申立人自らが分割計画を立てる必要がない。また、弁護士

80) 一部の相続人のためにだけ遺言執行者が選任されている場合には、遺言執行者は遺産分割を実行する権限を持たず、他の共同相続人と同様、遺産分割請求権を行使しうることとされるとされる (MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 29; MünchKomm-FamFG/Zimmermann, §363, Rn. 10)。

81) Walter Krug, Die Erbteilungsklage, Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis 2008, S. 62, 63 によれば、分割計画とは、分割を物権的に基礎づける物権契約の総体である。

82) OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 905; MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 29.

83) 当事者となるべきは、第一には共同相続人及び持分の譲受人である。もっとも、相続分に抵当権が設定されている場合には、抵当権者に当該契約を対抗するには抵当権者の同意が必要である等の実体的な規律が存在する (Vgl. MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 32)。

84) MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 33.

85) もっとも、州によっては公証人が主宰することもあるとされる (MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 53)。

86) もっとも、後述の通り、個別に行う裁断型手続の一種として遺産分割の訴えが認められている。裁判所が形式的に遺産を分配することを可能ならしめるべきだとの議論に対しては、否定的な評価が一般的なようである (Vgl. MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 26)。

87) また、召喚の規定も存在する (FamFG365 条, 367 条)。

88) MünchKomm-FamFG/Zimmermann, §363, Rn. 13.

強制も存在しない⁸⁹⁾。

手続は、理念的には2段階に分節される⁹⁰⁾。すなわち、遺産分割の準備的事項（例えば、売却の方法等）に関する合意を形成する手続（FamFG366条）と、最終的な分割合意を形成する手続（FamFG368条1項）である。FamFG366条の合意と368条の分割とは、遺産裁判所による確証決定を経て、その確定によって効力を生じ、全ての参加者に対して、契約による合意や遺産分割がなされたのと同様の拘束力を生ぜしめるに至る（FamFG371条）。また、形式的確定力も生じる（FamFG45条）。もっとも、実体的確定力（我が国でいう既判力）が生じるわけではないから、実体的な瑕疵を主張することを妨げないが、その主張は訴訟裁判所で行う必要がある⁹¹⁾。

以上のような手続は、常に提起しうるわけではなく、一定の場合には不適法とされる⁹²⁾。いくつかの障害事由のうち、ここで言及しておくべきなのは、参加者の相続権や遺産の範囲、遺言の解釈等、遺産分割の前提問題を巡る争いが申立段階で既に存在する場合には、申立てが不適法却下され、手続の途中でそれが明らかになれば、その問題が訴訟で決着するまで手続が中止させられる（FamFG370条）ということである⁹³⁾。このような前提事項は、訴訟裁判所においてのみ争うことができ、遺産裁判所はこうした問題について独自に判断を下すことができないと

されているためである⁹⁴⁾。

さて、以上縷々述べてきたが、前述のように、この手続はあくまで純粋な調整型の調停手続である。つまり、調停不成立の場合には当然に裁断型の審判手続へと移行することとされている我が国の家事調停手続⁹⁵⁾とは異なり、参加者の一人が反対すれば手続は容易に挫折へと追い込まれてしまう。また、今述べたように、前提事項について争いがある場合には手続が不適法却下されるか、少なくとも中止を強いられるところ、調停手続を利用しなければならない共同相続人間に何らの争いも存在しないということは通常はありえないから、手続がスムーズに進むことは望みたい。かくして、この手続が持つ実務上の意義は、極めて乏しいと評価されている⁹⁶⁾。

d 遺産分割の訴えによる分割

(a) 意義

共同相続人間で分割についての合意が成立しない場合には、共同相続人は、遺産分割の訴えを提起することができる。もっともこれには、訴訟法上、実体法上の難点が存在し、それゆえに、実務において、遺産分割の訴えは稀にしか提起されないとされる⁹⁷⁾。

遺産分割の訴えとは、ある共同相続人による遺産分割の要求に応じない共同相続人を被告として、原告が作成した（又は調停手続で遺産裁判所が提示した）分割計画に同意することを求める給付訴訟である⁹⁸⁾。原告の請求が認容されるのは、原告の提示する分割計

89) 民事訴訟では、ZPO78条により、訴額によっては弁護士強制が生じる。遺産分割の訴えの訴額の決め方については、*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, §32 III Rn. 54を参照。

90) とはいっても、現実には両方の審理が同一期日に行われることもありうる等、手続上分節されていない（*MünchKomm-FamFG/Zimmermann*, §366, Rn. 2）。

91) FamFG372条2項は即時抗告を許しているが、この手続で主張できるのは手続的瑕疵にとどまる。

92) *MünchKomm-FamFG/Zimmermann*, §363, Rn. 25 ff.によると、本文で述べる場合の他に手続が不適法となるのは、既に相続共同体が解消している場合、遺産分割の権限を持つ遺言執行者がいる場合（BGB2204条）、第三者が分割を委ねられている場合（BGB2048条）、遺産に属する財産が存在しない場合、遺産分割の訴えが係属している場合、相続人の遺産分割請求権が排除されている場合（BGB2042条2項、749条2項、3項）、BGB2043条から2045条が定める分割禁止事由がある場合、等である。

93) OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 5; *MünchKomm-FamFG/Zimmermann*, §363, Rn. 26, 72.

94) KG NJW 1965, 1538; *MünchKomm-FamFG/Zimmermann*, §363, Rn. 17.

95) 家事事件手続法274条4項参照。

96) *MünchKomm-FamFG/Zimmermann*, §363, Rn. 1; *MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 54.

97) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), 62. また、*MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 55は、訴えの提起により親族間で新たに紛争が生じることも稀でないという事実上のデメリットも指摘する。

98) *MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 56.

画が法定の分割ルール、被相続人の分割指定、共同相続人間の合意のいずれかに完璧に適合している場合のみである。そうでなければその分割計画に反対している共同相続人が、意思に反して同意を強制されることを正当化できないし⁹⁹⁾、原告にも、そうした条件の下で分割を求める請求権しか、BGB2042条は与えていないからである¹⁰⁰⁾。また、処分権主義(ZPO308条)の観点から、裁判所は、原告が提示したものと異なる分割計画への同意を強制する判決を出すことはできない¹⁰¹⁾。かくして、原告が提示する分割計画は、この訴訟において極めて重要な意味を有することになる。

以上の訴えの性質からして、遺産分割の訴えには訴訟共同の必要も合一確定の必要も、認められない。分割計画に同意をしない共同相続人を個別に相手どり、個別に同意を強制すれば済むためであり、既に同意をしている共同相続人を被告とする遺産分割の訴えは訴えの利益を欠くことになる¹⁰²⁾。

(b) 分割成熟性の要否

遺産分割の訴えが、遺産が分割に熟していることを必要とするかにつき議論がある(分割成熟性(Die Teilungsreife)の要否)。もっとも、必要説と不要説との対立は、訴訟提起の段階でこれを要求するか、口頭弁論終結時の段階でこれを要求するかとの対立であるに過ぎないから¹⁰³⁾、その点はさしあたり捨象してよいと思われる。本稿が目すべきは、この対立の前提をなしている認識である。

さて、ここで分割成熟性とは、相続人に遺産を分配するに際し、法が原則として要求する前提条件を満たしていることを示す概念である。その前提条件として、以下の3つを挙げることができる¹⁰⁴⁾。すなわち、①既に遺産債務が弁済されていること(BGB2046条)¹⁰⁵⁾、②遺産債務の弁済後に残存する剰余財産が、価値の減少なしに、各人の相続分に応じて均等に分けられる状態にあること、そして、③遺産分割の前提問題に争いがないこと、の3つである。このうち、本稿の関心から重要なのは②と③である。

②につき、前述のように、遺産分割は原則的には現物分割、それが不可能な場合には売却による分割によって行う(BGB2042条2項、752条、753条)。現物分割が不可能な財産(典型は不動産である)が、未だ売却されていない場合には、遺産は分割に熟しているとはいえないとされる¹⁰⁶⁾。つまり、遺産分割の訴えに先立ち、あらゆる遺産は現物分割可能な財産(多くの場合、金銭)へと変換されている必要がある。

③につき、遺産分割請求を認容する判決の確定によって、当該分割計画に対する被告たる共同相続人の同意が表明されたものとみなされる(ZPO894条)。請求認容判決が確定した後、遺産分割を実施するために被告の更なる意思表示が必要だとすれば、原告たる共同相続人は、その遺産分割の訴えによっては分割計画を実現しえなかったことになる。これは結局、遺産分割の訴えの目的が果たされ

99) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 63.

100) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 64.

101) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 63.

102) OLG Köln OLGR Köln 2004, 245=ZEV 2004, 428; *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 68.

103) 学説の分布につき、MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 58.

104) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 64.

105) BGB2042条2項及び755条によると、遺産債務(遺留分及び遺贈、負担に基づく債務も含まれる(BGB1967条))の弁済は、遺産分割の際に初めてなされるとされているが、BGB2046条1項は、遺産分割の前に債務の弁済をなすべきことを規定する点で、2042条、755条を修正するものと位置付けることができる。BGB2046条によれば、遺産債務は遺産分割に先立って弁済されねばならない。これは任意規定であるが、これに反して遺産分割を行った相続人は、固有財産に基づく弁済義務を負い(BGB2059条)、遺産管理による責任限定を主張できなくなる(BGB1975条、2062条)等の不利益を被る。こうした事態を避けるべく、共同相続人は、遺産債権者の所在を知るために公示催告手続をとることができ(BGB1970条、FamFG433条以下)、この手続の終了又はBGB2061条の公示催告期間の終了までは、遺産分割を延期するよう請求することができることとされている。かくして、被告が公示催告手続未了の抗弁を出した場合には、遺産分割の訴えには理由がないこととされる。

106) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 66.

なかったことを意味する。かくして、判決の内容（＝申立ての内容）は、具体的な遺産の総額及び分配額等を終局的に特定するものでなければならない。このような意味で、算定の前提たる遺産の範囲等に争いがある場合、遺産は分割に熟しているとは言えないとされるのである¹⁰⁷⁾。

以上の①～③の意味での分割成熟性を満たしていない限り、遺産分割請求訴訟が認容されることはないとされているのである。

3 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の系譜

さて、叙述的な分析の締めくくりとして、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟¹⁰⁸⁾が、ドイツにおいて、いかなる経緯で認められてきたかを確認しよう。

遺産分割の訴えを提起しても、前提問題に争いがある場合には、あるべき分割計画の内容も一義的には定めることができず、原告の請求に理由があるかどうかは明らかにできない。そこで、裁判所がその点を審理するのであるが、その結果、仮に原告のとする前提が誤っていたと判断された場合には、処分権主義の見地から、単に遺産分割の訴えが棄却されて訴訟が終了し、何の紛争解決基準も残らないことになる。そこで、仮に遺産分割の訴えが棄却されたとしても、事後に備えて前提問題だけは既判力で確定しようという動機が生まれる。これが遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の起源であり、当初は（遺産分割の訴えという主たる請求との関係で）予備的にのみ申立てられていた¹⁰⁹⁾。

しかし、場合によっては予備的申立てが濫発され、遺産分割の訴えの手続的負担が重くなる懸念があった。そこで判例¹¹⁰⁾は確認訴

訟の補充性¹¹¹⁾を緩和し、給付訴訟である遺産分割の訴えが提起可能であるときでも、その前提となる事項に関する確認訴訟を提起することを適法であるとしたのである。このように解することで、後続する遺産分割の訴えが有効となるのみならず、結果的には遺産分割の訴えの提起を起さずとも分割に関する合意が成立することが見込まれるから、訴訟経済の観点から見ても望ましいとされている¹¹²⁾。

4 考察

本章の最後に、以上の検討からドイツ法が本稿の問題関心に対していかなる示唆を与えるかを論じることとする。

(1) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の意義

ドイツにおいて、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟はいかなる役割を担っているのだろうか。

沿革に照らせば、この確認訴訟は、遺産分割の訴えとセットで観念される、予備的・従属的な訴訟であった。ところが次第に、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟は、遺産分割の訴えから独立していく。かくして自立的な訴訟となった確認訴訟の役割は、大きく言って2点である。第一に、前提問題の争いをなくすことで、分割成熟性の要件をクリアして適法要件を満たし、判決に沿った内容の分割計画を用意することで勝訴要件を満たす、という二重の意味で、後続の遺産分割の訴えを実効化することができる。

第二に、確認判決をもって前提問題を確定することで、遺産分割の訴えに頼るまでもなく、私的自治的な解決が促進される。調停の開始要件もこれと連動する。

107) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 67.

108) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 68 によれば、上で述べたもののほか、共同相続人間の調整義務の存否や、遺産分割基準の有効性の確認訴訟等、多様な訴訟が想定されるようである。

109) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 68.

110) BGHZ FamRZ 1984,688.

111) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, §90 III Rn. 24. 要するに、給付訴訟ができるなら給付訴訟をせよということであり、遺産分割の訴えがあるのであるから、前提問題の確認訴訟ではなく、端的に遺産分割の訴えをせよ、という発想がここでいう補充性の意味であると思われる。

112) BGHZ FamRZ 1984,688, *Krug*, a.a.O. (Anm. 81), S. 68.

つまり、ドイツにおける遺産分割の前提問題の確認訴訟は、私的自治的解決を促進するという役割と、後続する遺産分割の訴えを実効化するという役割との、二つの役割を担っているといえる。

(2) 具体的財産の帰趨

ドイツでは、我が国とは異なり、裁判所が形成的判断を通して、具体的な財産を当事者に分配するという責務を負うことがない。裁断型手続である遺産分割の訴えにおいても、原告の分割計画に理由があるかのみが審理される。分割計画の内容を審理するにつけても、分割成熟性の概念を通し、分配すべき財産は全て現物分割可能な無個性な財産へと変換されてしまっているから、各人の取り分に対応する均質な財産を、機械的に割り当てばすむことになり、具体的な財産の帰趨に迷わされることはありえないといえる。

もっとも、このことは、ドイツ法が遺産分割における具体的財産の帰趨に全く無関心であることを示すわけではない。むしろ、裁判所にこの考慮を期待しない反面、私的自治的解決を促進する環境を様々な形で整えておき、私的自治の平面で具体的に妥当な解決が図られることを期待しているように思われる。

一つには、現物分割不能な財産に対する競売権が各共同相続人に与えられていることをあげることができる。例えばある相続人が具体的な財産に執着するあまりに合意が形成できない場合には、他の共同相続人は当該財産を競売に付するという切り札を行使することができる。具体的財産に執着すれば、却ってその財産が金銭化される結果に陥るのであり、共同相続人らは合意形成に向けた努力を迫られる。また、それが不当な結果を招かないよう、判例が競売権の行使に例外則を設け、とりわけ相続人の居住保護を図っていたことも、法が具体的財産の帰趨に無関心でないことを示すであろう。なお、(1)で述べたように、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟も、現在では私的自治的解決を促進するため

の制度として位置付けられている。

(3) 訴訟共同・合一確定の必要

以上の検討を踏まえて、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟が、ドイツにおいて固有必要的共同訴訟と解されていない（あるいは、我が国におけるのと異なり、訴訟共同・合一確定という規律を要請する動機が生じない）理由について、検討しよう。

a 訴訟共同の必要

遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を、後続する遺産分割の訴えを実効化する訴訟として位置付ける限り、遺産分割の当事者全員の訴訟共同を要求するという発想は出てこない。なぜならば、後続する遺産分割の訴え自体が個別に提起されるのであり、後続する訴訟の当事者（と見込まれる者）との関係でのみ、前提問題を確定しておけば、それで十分だからである。

次に、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を、私的自治的な解決を促進する訴訟であると位置付ける場合には、訴訟の結果、合意の形成を促す事実上の効果が得られれば十分である。したがって、これまた潔癖に訴訟共同を要求する必要はなく、積極的に争う者、対立している陣営の代表者、等々のみが個別に訴訟をし、事実上問題を解決すれば十分であるといえる。結果、争いのない者に対する確認訴訟はそもそも訴えの利益を欠くとされる¹¹³⁾。

かくして、ドイツにおいては、確認訴訟が担う二つの役割のうち、いずれの役割を強調しても、訴訟共同という発想が出てくることはない。

b 合一確定の必要

合一確定が必要とされない理由としては、第一に、ドイツの遺産分割がほぼ全ての場合、共同相続人の合意によって決着することがあげられるであろう。既判力をもって前提問題が相対的に確定されていることが、(事実上ではなく、法律上)ネックとなるのは、既判力の拘束を受ける裁判機関が形成的な判断をするに際してである¹¹⁴⁾。私人が合意に

113) Wieser, a.a.O. (Anm. 59), S. 1163.

114) したがってドイツでは、確認訴訟を経てもなお裁判外での合意が成立せず、遺産分割の訴えにまで事態が

よって問題を解決するのであれば、矛盾する判決の存在は、事実上の障害にこそなれ、法律上の障害にはならない。

では、裁判機関が裁断を行う遺産分割の訴えとの関係を視野に入れた場合はどうか。この場合も、前提問題の相対的確定が重大な問題を引き起こすことがないといえよう。というのも、遺産分割の訴え自体が相対的に行われる訴訟であるから、裁判所は、その訴訟の原告と被告との間で既判力をもって確定された実体法関係を前提に裁判をすればよいだけだからである。例えば原告と他の共同相続人との間で、原告被告間のそれとは別の実体法関係の存在が確認されていたとしても、裁判にあたってそのことを考慮する必要はないのである。

更に、裁断をするにつけては、分割成熟性の概念を通して、分割対象となる遺産の全てが金銭的価値の平面に押し上げられるに至っており、裁判所は、原告の分割計画が、各人の権利に対応する金銭価値を割り当てているといえるかどうかの点を判断すればよいだけである。そうであるとなれば、具体的財産の帰趨を判断するにあたって裁判所がディレンマに陥るといって我が国では生じかねない問題の発生も、はじめから回避されているといえることができる。

かくして、1957年判決の言う通り、相対的確定がなされることによる困難は、厳密に見ても解決不可能ではないのである。そして、裏から言えば、事実上合意の形成が困難になりうるとか、実体法関係が錯雑化するといった考慮は、合一確定の必要を基礎づけるとは全く考えられていないということになる。

IV. フランス法

引き続き、フランス法の検討に移行す

る。フランスの相続法は、1804年のナポレオン法典以来、2世紀の長きに渡ってその基本原理を維持してきたが、今般、2001年12月3日の法律第1135号（以下、2001年法）及び、2006年6月23日の法律第728号（2006年法）によって、現代的な変貌を遂げるに至った¹¹⁵⁾。それに伴い、民事訴訟法典が用意する遺産分割に関する手続規定も、一定の変容を被るに至っている。そこで本稿では、改正法の意義にも目を配りつつ、ドイツ法について行ったのと同様、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を固有必要的共同訴訟とすべきかという問題が意識されているか、意識されていないとすればそれはなぜか、という観点で、フランスの相続実体法・手続法の在り方を粗描することとしたい。

1 遺産分割の前提問題と固有必要的共同訴訟?

フランス法には、固有必要的共同訴訟に直接対応する手続法上の概念が存在しない。もっともそのことは、フランス法において合一確定及び訴訟共同という関心が欠落していることを意味しない。そこでまずは、検討の前提として、フランス法において、訴訟共同・合一確定がいかなる動機で、また、いかなる手段で実現されているのかを、素描する¹¹⁶⁾。

(1) フランス法における合一確定 不可分性 (indivisibilité) を理由とする合一確定

フランス民法 (以下、本節で単に民法と表記するときは、現行フランス民事訴訟法を指すこととする。他の法律についても同様) は、複数の判決間に矛盾抵触が生じることを事前に阻止あるいは事後的に解消するためのいくつかの規律を準備している。ここで問題とされているのは、判決の既判力 (autorité

進行した場合に、裁判所は既判力が確定した内容と整合的な分割計画を原告が提示したか否かを審理しなければならないという限りにおいて、既判力による確定は法的な意味を持つことになる。

115) この改革の内容を紹介する邦語文献として、金子敬明「フランス相続法・恵与法の2006年改正について」手塚和彰退官『変貌する労働と社会システム』387頁 (信山社, 2008), ミシェル・グリマルディ (北村一郎訳)「フランスにおける相続法改革 (2006年6月23日の法律)」ジュリ 1358号 68頁 (2008) を参照。

116) もっとも、筆者の能力不足から、以下で問題を網羅的に記述できているわけではないことに留意されたい。

de la chose jugée) の矛盾抵触ではなく、実体効 (effet substantiel du jugement) の矛盾抵触である¹¹⁷⁾。判決の実体効とは、端的に言えば当事者間の実体法関係を変動させる効果である。フランスにおいても、既判力は相対的にしか作用しないが、判決により生じる法関係の変動は、全ての者に対して対抗可能であるとされる¹¹⁸⁾。こうした概念構成を前提とすると、同一の法関係に関して、内容を異にする複数の判決が出現した場合、各判決の実体効同士が矛盾し、各判決の定める法状態を同時に実現することが不可能となることがある。このように、ある法関係を別々に判断した場合に、それらの判決を同時に実現することができなくなるとき、その法関係には不可分性 (indivisibilité) があるとされる¹¹⁹⁾。フランス法における判決の合一確定は、主としてこうした事態の回避・解消のために行われる。

具体的に見ると、まず、こうした事態の事後的な解消手段として、民訴 618 条は判決の非両立性 (inconciliabilité) を理由とする破棄申立てを認めている¹²⁰⁾。

更に、まとめて審理・判決することが良き司法の利益に適う二つの請求が同時に別の裁判所に係属している場合に、民訴 101 条は、当事者の申立てにより一方の請求を移送・併合することを認めている。これを関連性 (connexité) の抗弁という。特に、二つの事件に不可分性が認められる場合、判例・学説はこれを「単純な関連性」(connexité simple) と対比して、「強められた関連性」(connexité renforcée) と呼んでいる¹²¹⁾。つまり、別々に判決が出され、民訴 618 条に基づく破棄がなされることを事前に防ぐべく、併合審

理の要請を専属管轄の要請にも優先させる等、単なる関連性が認められる場合以上の効果を承認するのである¹²²⁾。

b 共同訴訟と合一確定

民訴 323 条・324 条は、共同訴訟一般に妥当する審理原則として、共同訴訟人独立の原則 (principe de l'indépendance des litisconsorts) あるいは審理判決手続の可分性 (principe de la divisibilité de l'instance) を謳っている¹²³⁾。すなわち、民訴 323 条は「請求が利益を共通にする複数の者によって、あるいは複数の者に対してなされた場合、各々は各々のために審理判決手続の当事者としての権利、義務を行使し、負担する」と定めている。例えば、各当事者は自ら弁護士を選任し、申立趣意書を作成しなければならない¹²⁴⁾。訴えの取下げやその受諾、あるいは上訴も単独で行い得る¹²⁵⁾。次に、民訴 324 条は、「利益を共通にする複数の者のうちの一人がなした、あるいは一人に対してなされた訴訟行為は他の者を益しも害しもしない。ただし、民訴 475 条、529 条、552 条、553 条、615 条で述べられている場合は別とする」としている。ここでは民訴 323 条に基づき各人が自己のためになしうる行為が、他の共同訴訟人との関係で効果を持たないことが表現されている。

もっとも、以上の原則にも関わらず、共同訴訟において下される判決の内容は、原則的に合一確定されることになるようである¹²⁶⁾。というのも、民訴 7 条 1 項は、「判事は弁論 (débat) に出されていない事実を判決の基礎とすることができない」と定めているところ、共同訴訟における弁論 (débat) の一体性¹²⁷⁾ から、他の共同訴訟人が主張し

117) Jacque HERON et Thierry LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5^e édition, 2012, n° 893.

118) Serge GUINCHARD et Frédérique FERRAND, *Procédure civile*, 28^e édition, 2006, n° 228, n° 1765.

119) Gérard CORNU et Jean FOYER, *Procédure civile*, 3^e édition, n° 39.

120) 詳しくは Monique CONTAMINE-RAYNAUD, L'« inconciliabilité » de jugements : de l'autorité judiciaire à la raison judiciaire, *Mélanges P. Raynaud*, Paris, 1981, p. 113.

121) CORNU et FOYER, supra note 119, n° 39.

122) CORNU et FOYER, supra note 119, n° 43.

123) Jean-Pierre MOREAU, *Les limites au principe de la divisibilité de l'instance quant aux parties*, 1965.

124) HERON et LE BARS, supra note 117, n° 207.

125) CORNU et FOYER, supra note 119, n° 117.

126) MOREAU, supra note 123, p. 184. 併合に関連して GUINCHARD et FERRAND, supra note 118, n° 1332.

た事実も弁論に出された事実として判決の基礎とすることができると考えられているらしいからである。

とはいえ、合一確定が実現するのは共同訴訟の形態が維持されていてこそその話であり、一部の者のみによる不服申立て等により、共同訴訟の形態が崩れれば、合一確定は実現できなくなる。そして、とりわけ法関係に不可分性がある場合、そうした事態は回避する必要がある。それに対処するため、民訴 324 条 2 文にある通り、上訴・欠席手続に関して共同訴訟人独立の原則の例外が設けられている¹²⁸⁾。

(2) フランスにおける訴訟共同

フランスにおいて訴訟共同が要求される場面は限られているようであり、一般規定のようなものは存在しない。そこで、以下具体的な例をいくつか述べるに留める。

まず、関連する明文規定として、不可分性のある判決に対する第三者の故障申立てにあたっては、前訴判決の当事者全員を当事者としなければならないとする民訴 584 条があり、その趣旨は合一確定の実現である¹²⁹⁾。

また、不分割権者の管理・処分権に関するフランス民法 815 条の 3 との関係で、不分割物に関する一定の訴権の行使にあたって、不分割権者全員が当事者となることが要求されることがある¹³⁰⁾。

更に、遺産分割も含めた裁判分割 (*partage en justice*) においては、実体法上分割に参加すべき者全員が当事者とならなければなら

ず、それを欠く場合、判事は請求を職権で不受理にしなければならないとされる¹³¹⁾。

(3) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟

以上を前提に、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟について検討する。

まず、後述するように、遺産分割そのものには、上述の意味での不可分性が認められる¹³²⁾。もっとも、この不可分性は、不分割を解消するための遺産分割訴権にのみ認められるものであり、不分割権者の持分割合を確定することを目的とする訴権や、相続回復請求を伴う分割訴権、持戻しを求める訴権、贈与の取消訴権には、不可分性は関係がないとされている¹³³⁾。

なお、ここでは遺言無効確認訴権 (*action en nullité de testament*) があげられていないが、恵与 (*liberalité*) の無効・取消しを言う訴権として、生前贈与の取消訴権 (*action en annulation de donation*) と同様の規律に服するものと考えられる¹³⁴⁾。

フランス法における合一確定の要請が、法関係の不可分性と結びつけて理解されていることからすれば、不可分性を欠くこれらの法関係について合一確定の必要があるとは考えられていないことになる。また、訴訟共同が特別に要求されているようにも窺われない。

仮にそうであるとして、それがなぜなのかを突き止めるのが本稿の課題である。そこで以下では、フランスの遺産分割手続の在り方を分析することで、その理由を探ることとしたい。

127) MOREAU, *supra* note 123, p. 184.

128) 例えば、民訴 553 条は、「複数の当事者の間に不可分性がある場合、当事者のうちの一人がした控訴は、たとえ他の当事者が審理に参加しなかった場合でも、他の当事者との関係でも効果を持つ。他方、一人に対してなされた控訴は、全ての者が審理に呼び出されない限り不受理となる」と定める。つまり、不可分性がある場合に有効に控訴を提起するためには、当事者の全員が控訴人あるいは被控訴人となること、すなわち、結果として全員が控訴審判決に服することになることが要求されているのであり、これにより合一確定が実現する。

129) GUINCHARD et FERRAND, *supra* note 118, n° 1772. なお、民訴 591 条 2 項は、1 項の例外として、第三者による故障申立てに理由があった場合、前訴当事者間でも判決の効力が消滅することを定め、画一的確定を徹底している。

130) HERON et LE BARS, *supra* note 117, n° 193.

131) MOREAU, *supra* note 123, p.179.

132) Michel GAGET, *JCl. Procédure civile*, Partage en justice, fasc983, n° 12.

133) GAGET, *supra* note 132, n° 13.

134) 遺言による財産処分と生前贈与による財産処分とは、フランス法において恵与として括られ、その無効・取消しについても、共通の規定 (民法 901 条以下参照) が設けられている。Yvonne FLOUR, *Règles de fond des donations : parties au contrat, sous la direction de Michel GRIMALDI, Droit patrimonial de la famille 2011/2012*, 2011, p. 795, n°312.11 ss も、贈与と遺言とを区別せずに、その無効及び訴権の行使方法等について論じている。

2 フランスの遺産分割手続

フランスの遺産分割には、相続人 (successeur)¹³⁵⁾ が主体になって行う遺産分割 (partage) と、被相続人が主体となって行う遺産分割 = 恵与分割 (liberalité-partage) との2通りが存在する¹³⁶⁾。しかし、本稿の関心から、以下では相続人が主体となって行う遺産分割についてのみ検討する¹³⁷⁾。

(1) 協議分割と裁判分割

相続人主体の遺産分割の方法には協議分割 (partage amiable) と裁判分割 (partage en justice) との2通りが存在する。協議分割とは、当事者が合意によってその手続、方式を決定して行う分割である (民法 835 条 1 項)。

これは意思主義 (consensualisme) の帰結として認められる分割形態であり、協議分割が有効であるためにはいかなる手続的要件も要求されない¹³⁸⁾。2006 年法の立法者は、協議分割を遺産分割の原則形態とし、旧法下では原則として裁判分割によることが求められていた複数の局面¹³⁹⁾でも協議分割をなす余地を認め、その拡充を図っている。

これに対して裁判分割は、例外的な分割方法と位置付けられている。民法 840 条によると、裁判分割が行われるのは、不分割権者の一人が協議分割に同意をしない場合又はその進行もしくは終了の方法に異議を唱えた場合、又は民法 836 条、837 条の規定により、協議分割の実現が妨げられた場合¹⁴⁰⁾のみである。また、民法 842 条は、一度裁判分割の

135) successeur という言葉は、狭義の相続人 héritier と、受遺者 légataire とを問わず、開始された相続に招致される者を全て含む広義の相続人を指すが、ここでは単に「相続人」としておく。

136) Michel GRIMALDI, Les Liberalités-Partages, sous la direction de Michel GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille 2011/2012*, 2011, p.1141, n°410.13 は、恵与分割とその他の遺産分割とを区別する指標を被相続人の意思の役割に求めている。

137) 恵与分割 (liberalité-partage) について、最低限の言及をしておく、以下の通りである。恵与分割は、被相続人の死亡時に効果が発生する単独行為 (= 遺言) による分割である遺言分割 (testament-partage) と、即時に効果が発生する被相続人と相続人との合意による分割である贈与分割 (donation-partage) とに分かれる (民法 1075 条 2 項)。通説的見解によれば、両者の主たる相違は以下の3点である (GRIMALDI, supra note 136, n°410.11)。①遺言分割によって、被相続人から財産が即時に剥奪されることはない。他方、贈与分割では被相続人から直ちに財産が移転する。つまり、遺言分割は将来のある時点 (被相続人の死亡時) で効果を生じるが、贈与分割はそれに先立って行われる。②遺言分割は、自由に撤回が可能で、いつでも内容を変更することができる。他方、贈与分割は撤回不可能であり、決定的である。③遺言分割は単独行為であり、独断による分割を実現できるが、贈与分割は合意によってなされ、交渉による分割に資する。2006 年改正以前は、このような分割方法を利用できるのは相続人が被相続人の卑属である場合に限られており (旧 1075 条)、そのことからこれを尊属分割 (partage d'ascendant) と呼称していた。2006 年改正による新 1075 条は、「誰もが、推定相続人の間で、自らの財産を分配し、分割することができる」(傍点筆者)と定めてこの制限を撤廃し、恵与分割 (liberalité-partage) という術語を採用するに至った。

なお、Grimaldi 教授によれば、この改正は本制度の精神に本質的な変革をもたらしたと評価できる。つまり、被相続人主導の遺産分割が、家長権の表れとしてではなく、より一般的な財産管理行為の一つとして理解されるようになったのである (GRIMALDI, supra note 136, 410.12)。

138) ただし、公示の要請がある財産 (例えば不動産) の分割については、公証人証書による承認を要するという例外が存在する (民法 835 条 2 項)。この例外を除けば、完全に方式自由であり、理論的には口頭による合意でも有効である (Claire FARGE, Modalités de réalisation du partage, sous la direction de Michel GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille 2011/2012*, 2011, p.744, n°271.12)。

139) 改正の内容につき詳述はしないが、生死不明推定もしくは遠隔地居住のためにその意志を表明できない不分割権者がいる場合 (民法 836 条 1 項)、行為能力を欠く不分割権者がいる場合 (民法 836 条 2 項)、無気力な不分割権者がいる場合 (民法 837 条) に関する規定が新設された (Thierry LE BARS, Les nouvelles règles du partage (L.n°2006-728, 23 juin 2006), *JCP N n°26, 29 Juin 2007*, 1205, n°7s)。現行法の規律の具体的内容については後掲注 140) を参照。

140) 不分割権者が生死不明推定の状態にあるか、遠隔地にいるために意思を表明できない場合には、民法 116 条の要件を満たさなければ任意分割はできないとされている (民法 836 条 1 項)。民法 116 条によれば、生死不明推定者を含めて協議分割を行う場合には、後見裁判官による許可が必要であり、後見裁判官は手続の進行のために公証人を選任する。生死不明推定者の代理人自身が分割に利害関係を有する場合には、別の代理人も用意されなければならない。清算書も後見裁判官が最終的に認可する。同様に、不分割権者が保護制度の対象になってい

手続が開始しても、いつでも裁判分割の続行を放棄して協議分割の方法で分割を続けられる旨を明示的に定めている。そして以下に見るように、民訴 1359 条から 1376 条にかけて設けられている裁判分割の手続規定¹⁴¹⁾も、当事者に対して事あるごとに協議分割を実現させるチャンスを与える建付け¹⁴²⁾になっているのである。以下、裁判分割につき、その概要を述べる。

(2) 裁判分割の手続

遺産分割訴権 (action en partage) の特徴

民法 815 条によれば、遺産分割訴権は原則として不分割権者によっていつでも行使される¹⁴³⁾。この訴権は時効にかからず、その行使には広い裁量が認められ、濫用の余地がない(裁判官は訴権行使の理由を問題にすることができない)。

遺産分割訴権は、不分割権者全員に対して行使されなければならない、一人でも参加せずになされた分割は実体法上無効であるとされる¹⁴⁴⁾。そのことの裏返しとして、一部の当事者の間だけで別々に遺産分割訴権が行使さ

れてしまった場合、その結果を同時に実現することは不可能であるから、遺産分割訴権は不可分性を有する¹⁴⁵⁾。

b 裁判分割の手続

(a) 呼出状の送付

以下では、裁判分割の手続を概述する¹⁴⁶⁾。手続の出発点は、原告による他の不分割権者に対する呼出状 (assignment) の送付である¹⁴⁷⁾。大審裁判所が裁判分割の手続につき排他的な管轄を有する(民法 841 条)。呼出状では、分割すべき財産について概述されるべきことに加えて、財産の分配に関する原告の意向及び協議分割を実現するために実施された試みについても明確に述べられなければならない、これを欠けば申立ては受理されない(民訴 1360 条)。この趣旨は、性急な訴訟提起を妨げることと、判事が相続人間における意見対立を可能な限り理解できるようにすることとに求められるとされる¹⁴⁸⁾。

(b) 簡易な手続

2006 年改正法は、裁判分割を裁判所主導の簡易な手続と公証人及び受命裁判官主導の複雑な手続との二本立てとした¹⁴⁹⁾。事案が

る場合には、民法典第 1 編 X, XI 章の要件を満たさなければ任意分割はできないとされている(民法 836 条 2 項)。第 1 編 X 章は、未成年、後見、解放に関する規定群であり、XI 章は成年及び被保護成年者についての規定群である。民法 837 条は、無気力な不分割権者がいる場合に、代理人を立てることを他の共同相続人が強制できる旨を定めるが、当該代理人は、判事の許可なくして分割に同意することができないとされている。

141) 2006 年の相続法改正に伴い、手続規定も変容を被った。主として、手続の実効化・迅速化が目指された(FARGE, *supra* note 138, n°271.53, LE BARS, *supra* note 139, n°3ss, グリマルディ(北村訳)・前掲注 115)73 頁)。

142) Michel GRIMALDI, *Droit civil succession*, 6^e édition, 2001, n°830 は、裁判手続が長引き、費用が嵩むことで共同相続人は裁判手続の利用を後悔するがゆえに、あるいは、手続が進むことで争点が解消されるがゆえに、合意への道が開かれるのだとしている。

143) 正確には、これに加えて、民法 815 条の 17 第 3 項に基づき、不分割権者の債権者が不分割権者に代位して分割訴権を行使することもある(もっとも、この場合もあくまで不分割権者の名前で訴権行使がなされる)。これは債権者代位訴権(民法 1166 条)に関する一般ルールの個別的な適用であると位置付けられている(Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2002; *Juris-Data* n° 2002-015125)。また、債権者は民法 882 条に基づき、自己の費用で手続に参加することもできる。

144) Cass. req., 21 mars 1922: DP 1923, 1, p.60.

145) 不可分性から、例えば以下のような帰結が導かれる。第一に、仮に不分割権者の一人が審理の最初から故意で参加していなかったとしても、手続はそれに参加すべき不分割権者全員のためになされたことになる。手続から排除された共同相続人がいる場合、その者はいつでも手続に参加することができるし、分割を命じる判決に対して第三者の故障申立て (tierce opposition) をすることができる。第二に、各人の請求の訴額が上限額を下回っていても、常に上訴が可能である。第三に、不分割権者のうちの一人がなした上訴ないし上告は、他の全員のためにも効力を生じる(以上につき、GAGET, *supra* note 132, n°12)。

146) 新法下での手続を網羅的に概観するものとして、GAGET, *supra* note 132; FARGE, *supra* note 138.

147) なお、複数の者から呼出状が送付された場合には、裁判所の書記課に初めに到達した呼出状を出した者が原告として扱われる。

148) Sylvain THOURET, *Les règles de procédure en matière successorale. — A propos du décret du 23 décembre 2006*, *JCP* n°3, 17 Janvier 2007, act.20, p. 4.

複雑でないと判断した場合、裁判所は、自ら不分割財産の分割を命じる（民訴 1361 条 1 項）。この場合、裁判所は分割を証明する証書を作成する公証人を選任することができる（同条 2 項）。また、必要な場合には、審理の過程で、財産を評価し、取り分 (lot) を構成するために鑑定人を選任することもできる（民訴 1362 条）。その後、裁判所が選任した公証人ないしは裁判長の面前で抽籤が行われる（民訴 1363 条 1 項）。相続人が欠席している場合には、職権で代理が立てられる（同条 2 項）。

分割に支障がある場合には、全当事者が出頭しているか、代理されている限り（民訴 1378 条）、容易に分割ないし分配しがたい不分割財産の競売による売却（民訴 1377 条）を命じる（民訴 1361 条 1 項）。

(c) 複雑な手続

これに対して、事案が複雑であると判断される場合には、裁判所は分割作業を行わせる公証人と、その公証人を監督するための受命裁判官¹⁵⁰を選任する（民訴 1364 条 1 項）。公証人の選任は、原則として当事者の合意によりなされ、合意が成立しない場合には裁判所によりなされる（同条 2 項）。

(aa) 清算書の作成

公証人の主たる任務は、清算書の作成である。清算書作成のために、公証人には原則として 1 年の期間が与えられる（民訴 1368 条¹⁵¹）。この期間は、分割作業が複雑である場合に限り、1 年を限度として延長されうる（民訴 1370 条）。財産の価値と構成とが許す場合には、鑑定人を補佐としてつけることもでき、その鑑定人は原則として当事者の合

意によって、合意が成立しない場合には受命裁判官によって選ばれる（民訴 1365 条 3 項）。

清算書では、①共有者間の計算関係、②分割対象財産の外延、③各当事者の権利、④取り分の構成、という重要事項が確定される（民訴 1368 条）。つまり、遺産分割の前提となる事実及び法関係はこの段階で確定されることとなる。それぞれの内容につき、若干の言及を行う。

(aaa) 共有者間の計算関係

公証人は、共有者が共有物に関して互いに負っている計算関係の確定を行い、清算書に記載する。例えば、共同相続人の一人による遺産中の財産の管理から生じる計算、共同相続人が共同利益から獲得し、受け取ったものについての一切の計算（例えば、遺産中の財産から生じた果実の収取）、ある相続人が分割対象財産から篡奪して得た個人的利益（例えば、廉価で自らに譲渡させたことによる差益）等である。

(bbb) 分割対象財産の確定

分割の対象となる積極財産は、相続の開始時点において被相続人の所有に属していた財産¹⁵²、その価値代位物¹⁵³、及びその果実であるとされる（民法 825 条）。これに持戻し（民法 843 条以下）、減殺（民法 912 条以下）によって復帰した財産が分割対象財産となる。公証人はそれを確定し、清算書に記載せねばならない。

(ccc) 各当事者の権利の確定

各当事者の相続分率等の権利が確定され、清算書に記載される。

(ddd) 取り分の構成

取り分（遺産のうち、各共同相続人が受け

149) 旧法下では、いかなる場合にも公証人及び受命裁判官が選任されていたものの、現行法は、単純な事案では裁判所限りでの簡易な分割手続を認めて、手続のスリム化を図った（グリマルディ（北村訳）・前掲注 115)73 頁）。

150) 具体的には、手続の進展及び期限に目を配る（民訴 1371 条 1 項）。これを実現するため、法廷命令を出して料金を課したり、公証人を交代させたりすることができる（同条 2 項）。

151) 旧法下では、公証人には財産を評価し、取り分を構成する権能は与えられていなかったが、現行法は、これを公証人に与えた。

152) 終身権、死後に消滅した財産、特定遺贈の対象となっている財産、生命保険金等は含まれない（Claire FARGE, *Masse active partageable en l'absence de libéralités, sous la direction de Michel GRIMALDI, Droit patrimonial de la famille 2011/2012*, p.693, n°261.12）。

153) 裁判分割の手続内で遺産を競売した場合、その売得金も分割対象財産に含まれる（GAGET, *supra* note 132, n°88）。

取る部分)の構成は、分割の中心をなす¹⁵⁴⁾。取り分の構成、分配に関する基本原則は、平等(égalité)の原理である。ここにいう平等とは、各々が全く同じ財産を受け取るという意味での形式的な平等ではなく、全員が各自の権利に適った取り分を受け取るという意味での実質的な平等である¹⁵⁵⁾。また、各々の取り分が同じ比率の物(同一割合の不動産、動産、債権等)で構成されなければならないという意味での現物における平等(égalité en nature)ではなく、各々が自らの権利に対応する価値の財産を享受すべきであるという意味での価値における平等(égalité en valeur)である(民法826条2項)¹⁵⁶⁾。

価値における平等さえ保たれていれば、例えばある相続人が他の相続人よりも多めに不動産を承継したとしても、差し支えがない。更には、唯一の遺産たる不動産を相続人のうちの一人に与え、残りの者にはその者から清算金(soulte)を支払わせるというような処理も可能である。以上の原則に従い、公証人は取り分を構成する¹⁵⁷⁾。構成すべき取り分の数は、原則として、当事者の頭数であるが(頭数による分割)、代襲が行われる場合には、株(souche)¹⁵⁸⁾の数と同数とされる(民法827条)。

(bb) 清算書に対する異議

清算書が作成されれば、遺産分割の前提問

題が当事者にとって明瞭となり、かつ抽籤も現実的なものとなる。清算書の内容に当事者が合意すれば、清算書の認可(この点については後述する)をする必要はなく¹⁵⁹⁾、抽籤へと進むことになる。もっとも、この段階で協議分割が成立することも多く、この場合、分割が判事に伝えられ、判事は手続の終了を確認する(民訴1372条)。

これに対して、清算書に対して当事者から異議が出される場合もある。この場合、公証人は当事者各人の供述を記載した調書と清算書類とを受命裁判官に渡さなければいけない(民訴1373条1項)。次いで、裁判所の書記課が当事者を呼び出し(同条2項)、受命裁判官は、和解的解決を実現するために、当事者又はその代理人、及び公証人の意見を聞く勧解期日が設けられる(同条3項)。この手続を経てもなお合意が成立しない場合には、受命裁判官は当事者の見解が割れている争点につき裁判所に報告書を提出する(同条4項)。

報告を受けた裁判所は、異議に関して判決を下さなければならない(民訴1375条1項)。裁判所の判断が、清算書の内容に適うものである場合、裁判所は清算書類を認可し、抽籤を命じる裁判を行うか、協議分割を実現させるために当事者を公証人のもとへ送り返す¹⁶⁰⁾(同条2項,3項)。逆に、異議に理由

154) 場合によっては、鑑定人が取り分の構成を行う(民訴1362条,1365条)。この際には、鑑定人は清算書に添えられる報告書に作業の結果を記しておくようである(GAGET, supra note 132, n°102)。

155) GRIMALDI, supra note 142, n°869.

156) このような理解は必ずしも自明ではなく、フランスでも立法・判例・学説が紆余曲折を辿った。19世紀以来のégalité概念の変遷については、GRIMALDI, supra note 142, n°870ssが詳しい。その記述を要約すれば以下の通りである。オリジナルの民法832条は、「取り分を形成し、構成するにあたっては、可能な限り遺産の細分化と農地の分割とを避けなければならない」、また、各取り分には、可能であれば、同種同価値の不動産、動産、権利、又は債権を含めなければならない」として、財産の一体性の保持と、現物における平等との双方を要求していたが、いずれの要請が上位に立つかは明らかでなかった。当時の判例は、現物における平等の原則を優位と認めしたが、これに対しては、民法典は土地を切り刻む機械であり、農地からの人口流出や出生率低下の元凶だとの批判がなされた。これをうけ、1938年6月17日のデクレ以来、民法832条は、「遺産の細分化と農地の分割とが避けられる限りにおいて」現物における平等を実現するように定め、財産の一体性保持の要請を現物における平等の要請に優先させることを明示した。これにより、財産が分割される危険及び競売にかけられる危険は低下した。もっとも、当時は全面的な価格賠償までは許されておらず(Cass. 1^{re} civ., 18 juil. 1984)、現行法はこの点で更に現物における分割の要請を押し下げたものと位置付けうる。

157) 場合によっては鑑定人がこの役目を担うことについては前掲注154)を参照。

158) 株(souche)とは、相続法において、複数の者の共通の始祖を指す言葉である。死亡した相続人=株の代襲者は、その相続人の持分を改めて分配することになる(民法827条)。

159) Cédric FRESSENON, Le notaire commis dans le cadre d'un partage judiciaire, JCP N n° 49, 4 Décembre 2009, 1326 n°31.

があると認める場合、裁判所は新たな清算書を作成させるべく当事者を公証人のもとへと送り返す（同条2項）。

もつとも、異議が複数回出されたのでは手続が肥大化するので、一切の異議はまとめて1回の審理で判断される（民訴1374条）。言い換えれば、一度判決がなされれば、その後新たな異議を申し立てることは許されないということである¹⁶¹⁾。もつとも、受命裁判官が報告書を提出した後の事情に基づく異議は例外として許容される（同条）。この規律は、訴訟経済に資すると同時に、当事者が慎重に清算書の内容を見極め、合議を行うことを促進する意味を持つとされる¹⁶²⁾。

修正を経た清算書に再度異議を申し立てることは妨げられない。もつとも、既に異議を述べ、判決で理由がないと確定されている点については、後述の通りこの判決には既判力が認められていることから、再度異議を申し立てることはできない¹⁶³⁾。

異議は、その点について解決することが分割対象財産の構成、不分割権者の権利、取り分の構成といった観点からして清算書の内容に影響を与えうる一切の事項につき行うことができる¹⁶⁴⁾とされている。

(cc) 清算書の認可

裁判所が当事者による異議に理由がないと認めるときには、その旨の判決に加えて清算書の認可（homologation）が行われる。これは、清算書の内容を最終的なものとするための裁判行為であり、これにより清算書に執行力が付与される。

破棄院によれば、この裁判には既判力は生じないとされている¹⁶⁵⁾。したがって、例えば不分割権者が不当に共謀して遺留分権者を害したような場合に、遺産分割の取消訴権の行使が妨げられるようなことはない¹⁶⁶⁾。しかしながら、異議によって訴訟としての性質を帯びた場合には、当該判決が明示・黙示に判断した係争点に関する限り、既判力が生じると解されている¹⁶⁷⁾。

c 抽籤

最後まで分割について協議が成立しない場合には、抽籤による取り分の割当が行われる。抽籤が行われる場合には、それに必要なだけの取り分が形成される必要がある（民法826条3項）。例えば、当事者が有する権利が互いに等しい場合（例えば、3分の1ずつの相続分を持つ三人の相続人が遺産分割の全当事者である場合）には、形成すべき取り分は当事者の人数（＝3）と等しくてよい。これに対して、当事者が有する権利が互いに等しくない場合には、各持分の分母の最小公倍数に相当する数の取り分を構成する必要がある。例えば、三人の当事者の持分が、それぞれ4分の1、8分の3、8分の3であれば、八つの取り分を構成した上で、その中から二つ、三つ、三つと抽籤で割り当てるのである¹⁶⁸⁾。

興味深いのは、フランス法が抽籤という一見したところ不合理¹⁶⁹⁾な分配方法を採用する理由であろう。この点につき、Grimaldi教授は、裁判官による分配を許す法制度と比べ、抽籤による分配を行うフランスの法制度が優

160) GAGET, supra note 132, n°110の解釈による。

161) FRESSENON, supra note 159, n°30.

162) THOURET, supra note 148, p. 5.

163) GAGET, supra note 132, n°116.

164) GAGET, supra note 132, n°117.

165) GAGET, supra note 132, n°122によれば、Cass. req., 3 mai 1897: DP 1897, 1, p.224がこれを言うが、原典を入手できていない。

166) GAGET, supra note 132, n°122.

167) Cass., 1^{er} civ., 28 fev. 2006: Juris-Data n° 2006-032395; GAGET, supra note 132, n°123.

168) フランスにおいてこのような取り分になる実際の例としては、相続人が父親と二人の兄弟を遺して死亡した場合がある。本文で述べた計算方法については、GRIMALDI, supra note 142, n°854.; FARGE, supra note 138, n°271.73.

169) このことを言い表して、GRIMALDI, supra note 142, n°854は、抽籤をすれば、場合によっては「山小屋を船乗りに、船をアルピニストに」与えるような不合理な結果になるとしている。また、LE BARS, supra note 139, n°7も、抽籤がしばしば悲惨な結果をもたらすと評価している。

れていることの根拠として、以下の4点をあげている¹⁷⁰⁾。

- ① 裁判の決定に対しては、結果に不満な当事者から容易に不公平だとの嫌疑がかけられてしまうのに対して、運任せにすれば、絶対的な公平（厳密な意味での平等）を実現することができる。
- ② 優先的帰属 (*attribution préférentielle*) の適用範囲の拡大によって¹⁷¹⁾、あまりにも不合理な結果が生じる可能性は減じている。
- ③ いざ持分が構成され、抽籤が行われる段階になると、当事者は抽籤に賭けることを恐れる。これにより、当事者による協議分割の実現が促される¹⁷²⁾。
- ④ 裁判からある財産を割り当ててもらおうと意図して、不分割の間にその財産を占有したり無許可で譲渡してしまったりするといった相続人の策略（既成事実の作出）を未然に防止することができる。

3 優先的帰属 (*attribution préférentielle*)

(1) 制度趣旨

2で見た限りでは、フランスの遺産分割手続において、裁判所が自らの裁量で物の帰属先を確定することはない。最終的な財の配分は、公証人が構成した取り分を抽籤で割り当てることによって済まされるためである。

もっとも、一定の条件が満たされた場合には、裁判所が特定の財産を特に好ましいと思われる人物に帰属させることもある。これを

優先的帰属 (*attribution préférentielle*) という（民法 831 条～ 834 条）¹⁷³⁾。その制度趣旨は、①遺産の細分化を防ぎ、その経済的機能を維持すること、②家族のもとに財産を維持すること、③抽籤の偶然性を避け、賢明に財産を分配することにあるとされる¹⁷⁴⁾。

なお、優先的帰属は裁判所の決定によらず、不分割権者の協議により定めることもできる¹⁷⁵⁾。また、優先的帰属の制度は公序ではないので、被相続人の意思や不分割権者の合意によって、優先的帰属を排除することも可能である¹⁷⁶⁾。以下、この制度の骨格部分を簡単に紹介する。

(2) 対象となる財産

農業、商業、工業、手工業、自営業のいずれであるかを問わず、不分割の状態で経営されている企業 (*entreprise*) の所有権の全部、不分割持分、社員権が、優先的帰属の対象となる（民法 831 条）¹⁷⁷⁾。つまり、経済的に見て一体をなしており、細分化が望ましくない財産を広く対象とする。また、これとは別の観点から、生存配偶者・相続人が居住し、又は職業に用いている不動産の賃借権等も優先的帰属の対象とされている（民法 831 条の 2、831 条の 3 参照）。

(3) 優先的帰属の要件

a 一般的要件

優先的帰属は、裁判所が職権で行いうるものではなく、帰属請求権者による申立てに対応する形で、これを行う（民法 831 条）。自らへの優先的帰属を求める者は、以下の要件を満たしていなければならない。まず、①分割に参加する者でなければならない。生存配

170) GRIMALDI, *supra* note 142, n°854.

171) 優先的帰属の制度については後述する。Grimaldi 教授の記述は旧法下におけるものであるが、2006 年改正でこの拡大は更に促進された（この点につき、金子・前掲注 115)403-404 頁を参照）。

172) この点については GRIMALDI, *supra* note 142, n°855 の記述も参照。

173) 1804 年のナポレオン法典は物的均分主義の例外をなすこの制度を知らなかったが、以後、2006 年改正に至るまでの度重なる法改正により制度が確立、拡大してきた。歴史的経緯については、FARGE, *supra* note 138, n°271.102, Raymond LE GUIDEC, *JCl. Liquidations-Partages, Attribution préférentielle, fasc10, n°2ss*.

174) FARGE, *supra* note 138, n°271.101.

175) LE GUIDEC, *supra* note 173, n°115s.

176) FARGE, *supra* note 138, n°271.102; LE GUIDEC, *supra* note 173, n°41ss.

177) 旧法では、優先的帰属の対象財産は農場であるか、家族的性格を有する商業的・工業的・手工業的企業の所有権・不分割持分ないしは人的社員持分であるという場合が規定されていたが、現行の 831 条は、対象財産が企業の所有権・不分割持分ないしは社員権であれば、その企業の目的や家族的性格の有無は問わないこととした（金子・前掲注 115)404 頁参照）。

偶者、法定相続人、包括受遺者、包括名義の受遺者¹⁷⁸⁾等の割合的な包括承継者がこれに含まれる(民法833条1項, 2項)¹⁷⁹⁾。次に、②対象となる財産の完全な所有権又は虚有権(nue-propriété)¹⁸⁰⁾の共同権利者でなければならない。用益権のみを有する者は、これにあたらぬ。この要件は相続の開始と共に満たされる。最後に、③実効的に企業の経営に参加している、ないし参加していた者でなければならない。参加の態様(取締役か、従業員か等)や、参加の開始時期(相続開始前からか、後からか)は問わない¹⁸¹⁾。

b 個別的要件

民法831条の1以下において、具体的な財産の種別ごとに、優先的帰属の個別要件がきめ細かく定められている。具体的な内容は、各条文を参照されたい。

(4) 裁判所の判断

優先的帰属が(義務的にではなく)裁量的に行われる場合、裁判所は「現在の利益」(intérêts en presence)の有無に従い、優先的帰属をなさしめるか否かを決定する(民法832条の3第2項)。「現在の利益」の判断にあたっては、補償金の支払能力や、財産を適切に経営・運用する資質があるかどうか等が

総合的に考慮される¹⁸²⁾。

他方、優先的帰属が権利として(de droit)行われる例外的な場合(①民法831条の2, 831条の3, ②832条, ③832条の1, 832条の2)には、法定の条件が満たされているかのみを判断し、これが満たされているならば、裁量の余地なく優先的帰属を認めなければならない¹⁸³⁾。

複数の不分割権者からの請求が競合し、いずれもが要件を満たしている場合には、裁判所は、①当該財産の運用及び維持に関する志願者各々の適正と②経営に対する参加の期間とを考慮して、いずれの者に優先的帰属をさせるかを決しなければならない(民法823条の3第3項)¹⁸⁴⁾。

(5) 優先的帰属の効果

優先的帰属の対象財産は、民法829条所定の時期を基準に評価される(民法832条の4第1項)。場合により課される清算金は、他の者の同意がない限り、即金で支払う(民法832条の4第2項)¹⁸⁵⁾。もっとも、優先的帰属を受けた者に所有権が移転するのは、最終的な分割がなされた時点からであり、それまでは不分割状態が持続するから(民法834条1項)、清算金の支払を請求できるのもそ

178) フランスでは、遺贈は大きく包括遺贈(legs universel)、包括名義の遺贈(legs à titre universel)、特定遺贈(legs à titre particulier)に分けられる。包括遺贈は、受遺者に全相続財産を受け取る資格を与えるものである。包括名義の遺贈は、遺産の全部ではなく、一部を受け取る資格を与えるものであるが、その具体的な態様は以下の5通りに限定される(民法1010条1項)。すなわち、①全財産のうちの一定割合を定めた遺贈、②不動産全部の遺贈、③動産全部の遺贈、④不動産のうちの一定割合を定めた遺贈、⑤動産のうちの一定割合を定めた遺贈が包括名義の遺贈である。以上のいずれにもあたらない遺贈が、全て特定遺贈とされる(民法1010条2項)。したがって、例えば「フランス国内にある財産の10%」という形で割合的に指定した遺贈も、①～⑤にあたらぬので特定遺贈であるとされる(もっとも、この区別は不合理であると批判されている)。以上につき Michel GRIMALDI, Règles de fond des testaments: contenu du testament, sous la direction de Michel GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille* 2011/2012, p.903, n°323.21ss.

179) もっとも、相続放棄をした場合には含まれない。特定受遺者も含まれない。

180) ある物を使用し、収益する権利は与えないが、処分する権利を、その権利の名義人に与える所有権の分権かつ主物権。使用権及び収益権は、その物に対する用益権者(usufruitier)の権利である(中村紘一ほか監訳・Termes juridiques 研究会訳『フランス法律用語辞典(第3版)』291頁(三省堂, 2012)を参照した)。

181) FARGE, supra note 138, n°271.113

182) 民法832条の3第3項は、請求が競合した場合について、こうした資質を考慮すべきことを定めているが、一人による請求の場合にもこれを考慮すべきであると考えられる(FARGE, supra note 138, n°271.113, 271.143; LE GUIDE, supra note 173, n°121)。

183) FARGE, supra note 138, n°271.143.

184) なお、民法832条の2によれば、法定の条件を満たす複数の不分割権者が共同して優先的帰属を求めるともできる。これが認められた場合、対象となる財産については、その者らのみによる新たな共有関係が成立する(FARGE, supra note 138, n°271.142)。

185) ただし、同項は民法831条の3, 832条に基づく優先的帰属の場合は、清算金の半分以上の額を支払うことと引換えに、10年を超えない期間の猶予を請求することができることも規定している。

の時点からである。分割が終了した後は、優先的帰属は決定的なものとなり、原則として、帰属を受けた者がこれを放棄することはできない。しかし、本人の行為によらずに対象財産の価値が4分の1以上値上がりした場合には、例外的に放棄できる（民法834条2項）。帰属を受けた者が清算金が高騰して支払に窮するのを防ぐためであるとされる¹⁸⁶。

4 考察

本章の最後に、以上の検討からフランス法が本稿の問題意識に対していかなる示唆を与えるかを論じることとする。

(1) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の意義

フランスにおいて、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟は、いかなる役割を担っているであろうか。

まず、我が国において遺産分割手続とは別個独立の訴訟として観念されている遺産分割の前提問題を争う確認訴訟が、フランスにおいては清算書に対する異議への判決という形で、裁判分割手続そのものに内在化されていること、言い換えれば、その訴訟が裁判分割手続の構成要素とされていることに注目すべきである。この訴訟の裁判分割手続内での役割は、それ自体が既判力を有しない裁判所による裁断＝抽籤を、将来に渡って不可争な終局的判断たらしめるために、遺産分割の前提問題を裁断の名宛人＝手続参加者全員の間で確定するという点にある。もちろん、あらゆる前提問題に関して判決が必要なわけではなく、多くの点は、当事者による合意の拘束力によって不可争とされる。つまり、フランスでは、当事者による合意と、それを補充する確認判決の既判力とをもって、抽籤に先立ち、前提問題を当事者全員との関係で終局的に確定するというフェーズが、裁判分割手続自体に組み込まれているということになる。そうした趣旨に鑑みれば、裁断の名宛人となる者＝手続参加者全員が確認訴訟の判決の名

宛人になるということが、この訴訟の存在意義を担保する要件である。

他方で、裁判分割手続の外部で、遺言の有効性を争う等、遺産分割の前提問題に関係する事項の確認訴訟が提起される場合も無論ありうる。こうした訴訟提起に意味があるのは、遺産分割の前提問題ともなりうる事項が、遺産分割とは別の脈絡で争われているに過ぎない場合か、遺産分割の脈絡ではあるが、裁判分割手続を経るまでもなく、協議による私的自治的解決を実現するための環境を整備することを狙って、積極的に争う意思のある者同士が訴訟を行っている場合かのいずれかであろう。

このように見ると、フランスでも、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟は、それを遺産分割という脈絡に位置付ける場合、二つの意味を持つ。

第一は、前提問題を不可争とすることで、裁判所による（それ自体には既判力のない）裁断を終局的な判断とするための、裁判分割手続そのものの構成要素としての意味である。第二は、裁判分割手続外での私的自治的解決の環境を整備するための確認訴訟としての意味である。もっとも、前者も、裁判分割手続から協議分割への移行を促す材料として期待されているという意味で、私的自治的解決を促進する効果を事実上有することになるが、法形式上の意義は、裁判分割手続において、前提問題を不可争とし、裁断を可能ならしめるという点にあると考えられる。

(2) 財の配分ルールとしての抽籤と優先的帰属

フランスでは、我が国と同様、合意が形成されなかった場合に、裁判所が形成的に財産の最終的帰属を決定する手続が用意されている。その際に機能する財の配分ルールは抽籤である。重要なのは、抽籤が機能する前提となる取り分の形成にあたって、全ての具体的財産が金銭的価値の平面に押し上げられ、無個性化されることである。その意味で、裁判所による裁断にまで事が達すれば、原則として具体的な財産の帰趨に着目した処理がなさ

186) FARGE, supra note 138, n°271.172.

れる余地はなくなる。ただし、例外として優先的帰属の制度が認められており、「居住」の保護や、事業や農地といった複合資産の価値の維持等、極めて重要な主観的利益のみが、請求権的な構成で厳格な要件のもとに保護されるのである。

では、抽籤という財の配分ルールを採用するフランス法が、遺産分割における具体的な財産の帰趨に着目したプランニングに無関心なのかといえ、事態は全く逆であろう。確かにフランスの裁判所は自らの形成的判断でそれを実現することには無関心であるが、様々な手続的工夫を凝らして私的自治的解決をバックアップし、具体的な財産の帰趨に着目した遺産分割のプランニングを当事者自身の手で実現させることには極めて積極的だといえる¹⁸⁷⁾。言い換えれば、具体的な財産の帰趨に着目した遺産分割のプランニングの実現は、専ら私的自治の平面に委ねられ、裁判所はそれをサポートする形でのみ間接的にそれに関与するのである。優先的帰属の制度は、合意が実現しなかった場合でも守るべき重要な利益を最低限保護するという意味を持ち、翻って、合意の形成局面においてそうした価値が自主的に尊重されることを間接的に促す機能を持つと位置付けられる。

要するにフランスの裁判所は、具体的な財

産の帰趨に着目したプランニングをしたければ、それは合意で行いなさい、ただし、そのためのサポートは惜しみません、とした上で、それでもなお私的自治が機能しない場合に限り、優先的帰属の制度を用いて居住保護や資産価値の維持の観点から重要な具体的財産の帰趨にのみ気を払いつつも、原則的には全ての遺産を金銭価値の平面に押し上げた上で抽籤による機械的分配を行うのである。

(3) 訴訟共同・合一確定の必要

以上の議論を踏まえて、固有必要的共同訴訟論という観点から、フランス法の議論を整理してみよう。

a 訴訟共同の必要

冒頭で見た通り、「不分割権者の持分割合の確定」を求める訴権といった、典型的な遺産分割の前提問題を争う確認訴訟については、訴訟共同が要請されないことがうかがわれる。

しかし、清算書への異議に対応して現れる、裁判分割手続内部での遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の存在意義は、それ自体拘束力を持たない裁判所による裁断＝抽籤を、終局的判断たらしめるために前提問題を不可争なものとして確定するという点にあるのであるから、裁断の名宛人＝遺産分割の当事者全員を既判力で拘束する必要がある、訴訟共

187) 私的自治に実質を委ねるという思考はドイツ法と共通であるが、フランスでは、ドイツとは異なり、司法機関が遺産分割に積極的に介入していることが分かる。つまり、協議分割の例外として認められる裁判分割も、協議分割＝私的自治的解決が断念されたがゆえに作動する手続ではなく、むしろ私的自治的解決の実現をバックアップするための手続であると位置付けられるのである。これは、ドイツが司法機関の消極性によって、私的自治を実質化したこととの対比において、興味深い。

具体的に見ると、まず、呼出状には協議分割形成に向けた努力の記載が要求されているところ、これは軽々に共同相続人が裁判分割に頼ることに対する否定的な評価の表れであり、まずは共同相続人だけでしっかりと合意の形成を試みよとする態度がうかがわれる。そして、ひとたび裁判分割が開始されても、協議分割を試みることができるということが、わざわざ明文で規定されている。

また、手続を主導するのは相対的に私人と近い公証人であり、その公証人さえも当事者自身が選任することができる。清算書が完成した段階で（遺産分割の前提問題が解決した段階で）、合意による解決を試みるべきことが制度上予定されていることも特徴的である。清算書に対して合意がとれない場合には、補充的に遺産分割手続内部で判決手続を用意し、異議につき既判力をもって確定する。先ほど述べた通り、これは法形式上、後に控える裁断を終局的たらしめるという役割を担うが、事実上の機能として、合意の基礎を築くことにもつながるのである。それゆえ、判決後、裁判官は直ちに抽籤を行うのではなく、再び合意形成を目指して公証人のもとに当事者を送り返すことができるのであった。

更に、裁判所による最終的な財産の配分さえも、合意形成のためのツールとして位置付けられている。つまり、抽籤という具体的な財産の帰趨に関心を持たない財の配分ルールをあえて用意しておくことで、抽籤の実施を恐れる共同相続人の合意形成を裏から促進しているのであった。

かくして、フランスの裁判分割手続は私的自治的解決を促進するためのシステムであると評することが許されるであろう。

同を要求することに合理性がある。実際、遺産分割訴権に遺産分割の当事者全員の訴訟共同が要求されている結果として、裁判分割手続の一環である当該確認訴訟についても、自然と訴訟共同が実現することとなっているのである。

他方、裁判分割手続とは無関係に、私的自治的解決の環境を整備するために確認判決が求められる場合、あるいは、遺産分割の前提問題にも関わる法関係が、別の脈絡で争われる場合につき、訴訟共同を要求する理由は基本的に見当たらないと思われ、現実にもそうされていない。

b 合一確定の必要

遺産分割の前提問題を合一確定すべきであるとする議論は、さしあたり見当たらない。フランスにおける合一確定の動機は、矛盾判決が出た場合にそれらを同時に実現することが不可能である（法関係に不可分性がある）ことから生じる。すると、仮にこの認識が正当であるとすれば、遺産分割の前提問題を巡って矛盾判決が発生した場合、それらを同時に実現することが可能であると考えられていることになる。

この点については次のように説明することができよう。フランスの裁判分割では、全ての具体的財産が金銭的価値の平面に押し上げられ、無個性化される。それ故、裁判所による裁断にまで事が達すれば、原則として具体的な財産の帰趨に着目した処理がなされる余地はなくなる。すなわち、各自の持分に対応する金銭を分配するのと同じ状態に至るのである。例えば我が国で、配当異議訴訟で相対的処理が可能とされるのと同様、こうした状態で相対的処理をすることは可能である。かくして、確かに矛盾判決が発生しても処理に窮することはなく、少なくともこの観点からは、合一確定の動機は生まれてこないことにも理由があると言えよう。

もっとも、上述のように、清算書に対する

異議手続では、訴訟共同が論理的に先行して導かれているから（その意味で、合一確定の「手段」として訴訟共同が位置付けられているわけではないということになる）、弁論（*débat*）の一体性の結果として、合一確定が実現されることにはなろう。

なお、裁判所が唯一具体的な財産に着目する場面として、優先的帰属の判断があるが、これは、厳格に要件効果化された、いわば請求権的な発想に裏付けられているから、その行使を他の者各々との関係で主張しうるかのみが問題になるように思われる¹⁸⁸⁾。

V. イタリア法

引き続いて、イタリア法の検討を行う。イタリア法の検討もドイツ法・フランス法の検討においてなされたのと同様の観点で行われる。もっとも、ドイツ法、フランス法と比較して、我が国におけるイタリア法の先行研究が少ないことも踏まえ、基本的な概念や制度の説明にも気を配ることとしたい。

1 相続人の地位に係る訴権と必要的共同訴訟

イタリアでは、相続人の地位に係る複数の訴権につき、必要的共同訴訟の成立如何を巡る多くの判例が存在する。そこで、まずはそれらの判例を一瞥することとしたい。

(1) 遺言異議訴権

イタリア民法 591 条 3 項（以下、本節で単に民法と表記するときは、現行イタリア民法典を指すこととする。他の法律についても同様）によれば、同条 2 項に掲げられた事由により遺言者が遺言無能力とされる場合には、利益を有する者であれば誰でも、遺言に対して異議（*impugnazione*）を唱えることができる。これは遺言の取消し（*annullamento*）¹⁸⁹⁾を求める訴権を基礎づけるものと解

188) この点も調査不足であるが、例えば、全員に対して主張できるのでなければ優先的帰属が認められないということになり、その意味で、個別訴訟を許したうえで、具体的財産の帰趨というレベルでの実体法関係の合一確定は実現されることになる、といった議論が考えうる。例えば組合債務の履行に関する三ヶ月教授の見解と似た発想である（三ヶ月章『民事訴訟法』218 頁（有斐閣、1959））。

189) 遺言が効果を生じないこと（*invalidità*）を基礎づける法律構成としては、遺言の無効（*nullità*）と取消し

されている¹⁹⁰⁾。この訴権に基づく遺言異議訴権につき、以下のような判例が存在する。

破棄院 1980 年 3 月 21 日判決 3339 号¹⁹¹⁾

リーディングケースは、破棄院 1980 年 3 月 21 日判決 3339 号（以下、1980 年判決）である。結論を先に述べれば、破棄院は、遺言異議訴権において、（遺言が無効とされた場合に相続人となるべき）法定相続人は必要的共同訴訟人であるとの理解の下、法定相続人となるべき被相続人の妹が当事者とされていないことを理由として、第一審への差戻しを命じた。つまり、遺言異議訴権を必要的共同訴訟であると理解したのである。

本稿の関心からは、こうした結論がいかなる理由で導かれているのかが特に重要な意味を持つことになる。そうした点に留意しつつ、事案と判旨を概観しておこう。

(a) 事案

A は、1966 年 1 月付けの自筆証書遺言で、Y を包括相続人に指定し、9 か月後に死亡した。法定相続人である X₁ X₂ X₃（以下 X ら）は、当該遺言に対して被相続人の無能力を理由として異議を申し立てる訴訟をローマ地裁に提起した。1 審は請求棄却であったが、ローマ上訴裁判所は請求を認容した。これに対して Y が破棄院に上告。Y は、遺言者の妹 B も同様に共同相続人となるべきところ、B は訴訟に参加していないから、実体審理は全体として無効であると主張した。

(b) 判旨

B が法定相続人であり、かつ、訴訟に参加していないという事実を認定した上で、以下のように論じた¹⁹²⁾。

「全ての法定相続人についてなされたのであれば、この判決が無意味に帰することに

は疑いがない。そして、まさにそれが必要的共同訴訟の核心をなすのである」。

「訴訟に呼び出されなかった当事者も、法定相続の開始を宣言し、法定相続人でない者に有利な内容の遺言の効果を排除した判決によって既に満足を得ていると論ずることはできない。第一に、判決は未だ確定しておらず、変更されればその者の期待が害されることになるからである。第二に、問題の遺言によって指定された指定相続人は、共同相続人らが獲得した既判力に服さない他の法定相続人との関係で異なる内容の確認判決を得ることができる。それゆえ、今行われている訴訟に呼ばれなかった共同相続人との間でも、遺言が効果を持たないことが争われ、確認されない限りは、指定相続人は自身を相続に有効に参加することを可能ならしめる主観的状態の保持者であり続けるからである。このことこそが、主観的範囲を限定された判決の無意味さを基礎づけており、この無意味さ故に、必要的共同訴訟が成立するのである。このような状態が永續することによって、X らとしても、全ての共同相続人の地位が全面的に明らかにされるまでは、判決を自分たちに有利に実現することはできないのである」。

かくして、必要的共同訴訟の成立を基礎づけているのは、相続のタイプの変更（例えば、遺言相続から法定相続へ）や、あるタイプの相続（例えば遺言相続）が存続するということを、「全体として画一的に断定する必要性（*necessità di affermazione complessiva e unitaria*）」であるとされる。

b 判例の展開

1980 年判決の後にも、多くの判例が、様々な態様の遺言異議訴権において必要的共同訴訟が成立することを認めている¹⁹³⁾。

(annullamento) とがある。無効事由としては、民法 606 条 1 項列挙の要式性の欠如、共同遺言・相互遺言（民法 589 条）、後見人や公証人に対する遺言（民法 596 条、597 条）等が、取消事由としては錯誤・詐欺・強迫（民法 624 条）の他、民法 606 条 1 項に列挙されていない要式の不備（同条 2 項）や遺言者の遺言無能力（民法 591 条）があげられる。無効訴権は時効にかからないのに対して、取消訴権は 5 年の時効にかかる等の相違があるが、invalidità の招来を目的とするという点においては共通である。

190) Marialuisa GAMBINI, *Commento all'Art. 591*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Enrico GABRIELLI, UTET, Torino, 2010, 229.

191) Cass., 21.3.1980, n.3339, in *Foro It*, 1980, C, I, n2798.

192) 以下の引用は全て、*Foro It*, supra note 191, n2801.

193) 判例の展開につき、Roberto TRIOLA, *Il Testamento* 2ed, 2012, 362 ss; GAMBINI, supra note 190, 230.

破棄院 2001 年 3 月 7 日 判決 3323 号¹⁹⁴⁾は、民法 591 条に基づく遺言無効訴訟において、指定相続人と受遺者が必要的共同訴訟人となることを認めた。訴訟の結果、指定相続人にとっては遺言が有効（無効）¹⁹⁵⁾となり、受遺者にとっては遺言が無効（有効）となるという結果は想定できないからであるとする。

また、「ある者が遺言により、別のある者は法律によって同時に規律されることはありえないという、裁判の目的たる関係の不可分一体性（*unitarietà inscindibile*）」を根拠として、遺言に対する異議を目的とする訴訟においては問題の遺言による指定相続人と、当該遺言が無効とされた場合に被相続人を法定相続すべき者との双方が共同訴訟人となるとする破棄院 2005 年 4 月 27 日 判決 8728 号¹⁹⁶⁾も、同様の思考に立脚しているといえる。

更に、以下のような判例もある。今、異なる者を相続人に指定する二つの遺言が存在するとしよう。先行する遺言によって相続人に指定された者が、後続の遺言に異議を唱える訴訟を提起する場合には、法定相続人が当事者となる必要はないが、先行する遺言によれば指定相続人となるべき他の全ての者は、必要的共同訴訟人とならなければならない¹⁹⁷⁾。上にあげた判決の論理からすれば、後続の遺言で相続人に指定された者や、遺贈を受けた者がいる場合には、それらの者との間でも必要的共同訴訟が成立することになると考えられよう¹⁹⁸⁾。

(2) 遺産請求訴権（azione di petizione ereditaria）

a 判例

1980 年判決は、先例として、民法 533 条¹⁹⁹⁾に基づく遺産請求訴権に関する破棄院 1964 年 3 月 22 日 判決 1261 号²⁰⁰⁾をあげている。遺産請求訴権は、相続財産の一部又は全部を（表見的な）相続人資格に基づいて、又は無権原で占有する者に対して、相続人が自らの相続人としての資格を主張し、かつ、当該財産の返還を求める訴権である。1964 年判決の事案では、法定相続人の一部が、遺言の無効を主張して、遺言相続人に対する相続請求訴権を行使した。

破棄院は、「法定相続人が遺言の根本的な偽造や無効を前提として提起した遺産請求訴権に関しても、……民訴 102 条の定める必要的共同訴訟が生じる。この場合には、訴権は実体的に単一な関係に関する宣言を得ることに向けられており、ひいてはある地位（*status*）の確認を目的としているところ、当該関係に参与しているという意味で相続に利害関係のある者全員との関係でなされない限り、そのような確認をしても無意味だからである」と述べて、法定相続人側に必要的共同訴訟の成立を認めたのである²⁰¹⁾。ここでは、相続人の地位の確認という点に特に着目した議論がなされていると分かる。

b 学説

遺産請求訴権は①相続人の地位の確認と②相続財産の給付請求という二つの側面を有す

194) Cass., 7.3.2001, n.3323, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 428 s.

195) なお、ここでいう「有効」「無効」は“valido”, “invalido”である。“invalidità”, “nullità”, “annullamento”相互の関係については前掲注 189) を参照。

196) Cass., 27.4.2005, n.8728, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 914 s.

197) Cass., 13.1.1981, n.277, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, Cass., 8.7.1996, n.6196, in *Riv.internaz.dir.priv.e processuale*, 1997, 473.

198) そのほかにも、例えば相続不適格者（*indegno*）を相続人に指名した遺言に対する異議訴訟で法定相続人の必要的共同訴訟を認めた Cass. civ. 12.7.1986, n.4533 等、同様の事例は多数見られる。

199) 遺産請求訴権の定義規定である民法 533 条 1 項は以下のように定める。「相続人は、相続財産の全部又は一部を相続の権原に基づき、又は何らの権原にも基づかないで占有する全ての者に対して、当該財産の返還を受けるために、自らの相続人たる地位を認めるよう請求することができる」。遺産請求訴権については、Enrico ASTUNI, *Commento all'Art. 533, Commentario del codice civile Tomo I*, a cura di V. Cuffaro, F. Delfini, Wolters Kluwer Italia, 2009, 459 ss; Paolo FORTI, *Gli acquisti di immobili ereditari e la trascrizione per causa di morte*, Giuffrè, 2010, 7 ss.

200) Cass., 22.3.1964, n.1261, in *Foro It*, 1964, C, I, n.1803.

201) 破棄院は、1975 年 4 月 24 日判決 1608 号でもこの旨を確認している。A. BALDASSARI e P. CENDON, *Commento all'Art.533*, in *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Wolters Kluwer Italia, 2007, 644 参照。

る訴権であるが、先に掲げた1964年判決が出された当時の通説（及び判例）は①の側面を強調し、遺産請求訴権を確認訴権として理解していた²⁰²⁾。これに対して、近時では②の側面を強調し、遺産確認訴権を給付訴権と理解する見解が有力に主張されており²⁰³⁾、この立場からは、必要的共同訴訟の成立が否定されている²⁰⁴⁾。このような対立が生じる理由は必要的共同訴訟の一般論を述べた後に説明する。

(3) 相続不適格訴権

a 判例

民法463条は、同条所定の事由が認められる者は、相続不適格者として相続から排除されると定めている。この点につき、ある者が相続不適格であるとの宣言を求める訴権（相続不適格訴権）が必要的共同訴訟の成立をもたらすか否かが判例上争われた。

破棄院1973年6月27日判決1860号²⁰⁵⁾は、「463条に規定された相続不適格は、必要的共同訴訟を生ぜしめる形成判決によって宣言される。当該判決は相続に利害関係のある者全員に対して発せられなければならない」として、必要的共同訴訟の成立を認めた。

b 学説

学説にも、判決に先立ち、同趣旨の理解を示す見解が存在した²⁰⁶⁾。その見解によれば、相続不適格訴権は不適格者に対する相続を原因とする財産移転を無効化する形成訴権

であると性質決定した上で²⁰⁷⁾、「もし相続不適格訴権が、他の相続資格者への財産移転を実現するという効果を伴って、相続不適格者のためになされた財産移転を無効化すること、すなわち、その者を相続から排除することを目的とするのであれば、本来原告に帰属すべき部分の財産移転だけが未了であると考えすることはできず、財産移転の未了を観念しうるとすれば、それは相続人全体との関係においてのみである」²⁰⁸⁾から、「相続不適格訴権が可分（divisibile）であるとする……見解は是認しがたい」²⁰⁹⁾と論じている。

他方、現在ではこの理解に反対する見解も主張されているようである²¹⁰⁾。それらの見解は、相続不適格訴権を確認訴権であると性質決定した上で、あるいは関係者全員が当事者にならずとも、裁判上相続不適格を宣言することは可能であると論じ、あるいは、更に進んで、相続不適格訴権は人的性格を持つ訴権であるから、訴権を行使した者との関係でのみ不適格が宣言されれば十分であり、訴権を行使しなかった者への財産移転はなされず、不適格者のもとにとどまると論じる。この対立の意味についても必要的共同訴訟の一般論を述べた後に触れる。

(4) 評価

以上のように、相続人の地位に係る複数の訴権²¹¹⁾につき、イタリアでは必要的共同訴訟の成立が認められている。とはいえ、我が

202) この系譜に属するGanzzoni（原典未入手。以下の引用はFORTI, supra note 199, 11の引用に基づく）は、「（遺産請求）訴権は相続人の資格（及び当該財産が遺産に属すること）の確認にのみ向けられており、財産の返還の効果は、その確認が認められた場合に別途自動的に生じる結果であるに過ぎない」とする。判例も、後述の1984年判決以前の段階では、（給付請求としての性格を軽視するあまりに）被告が原告の相続人たる地位を争わない場合には遺産確認訴権は不適法になると解していた（FORTI, supra note 199, 11）。

203) 例えばASTUNI, supra note 199, 461 s. また、FORTI, supra note 199, 12に引用されたCapozziの見解。破棄院1984年10月20日判決5304号も、遺産請求訴権の性質は主として取戻しにあるとして前掲注203)の理解を修正した。

204) FORTI, supra note 199, 19.

205) Cass., 27.6.1973, n1860, in *Mass. Giur. it.*, 1973.

206) Leonardo COVIELLO JR, *Diritto successorio*, Cacucci, Bari, 1962, 178 ss.

207) COVIELLO, supra note 206, 178.

208) COVIELLO, supra note 206, 180.

209) COVIELLO, supra note 206, 180.

210) 以下の記述はLuigi GRAZIANO, *L'indegnità, Scuola di notariato della Campania Fondazione "Emanuele Casale"*, 2007, 12 sの整理によるが、そこであげられているFerri及びSalisのテキスト自体には現在のところアクセスする手段を見出せていない。その意味で、多分に留保付きの記述とならざるをえない。

211) なお、端的に相続人の地位の確認を求める訴えも一般的な確認訴訟として適法であるとされるが（FORTI, supra note 199, 14）、特別には議論されていないように思われる。

国流に、相続人の地位が遺産分割の前提問題であるということを理由として必要的共同訴訟の成立が基礎づけられていると言えるのかどうかは、一見したところ明らかではない。この点について検討するためには、論理的に、一般論として必要的共同訴訟の成立要件がどのように捉えられているかについての認識が不可欠である。また、我が国において遺言無効確認訴訟を通常共同訴訟と解する見解の主要な論拠として、固有必要的共同訴訟という規律がもたらす手続の複雑化があげられていたこととの関係では、必要的共同訴訟の成立が帰結するところの手続法的な効果についても、併せて検討しておくことが有益であろう。かくして次節では、必要的共同訴訟に関する標準的な議論の紹介を試みる。その上で、改めて以上の判例群に対する診断を加えることとしたい。

2 必要的共同訴訟

イタリア民訴102条は、1項で、「裁判が数人の当事者に対してでなければ言い渡すことができないときは、これらの当事者は、同

一の訴訟手続において原告となり、又は被告とされなければならない」とし、同条2項は、「前項の訴訟手続が数人の当事者の一部によって、又はそれらの一部に対してのみ進行するときは、裁判官は、その定める不変期間内に対席弁論の補充を命じる」としている²¹²⁾。以下では、この条文を出発点として、必要的共同訴訟に関する標準的な議論をフォローすることを試みる²¹³⁾。

(1) 必要的共同訴訟の3類型

民訴102条1項は、必要的共同訴訟の制度趣旨及びその成立要件について、積極的な言明をしていない。かくして、これらの点をいかに理解するかは専ら判例・学説による解釈に委ねられている。解釈に際して手がかりとなるのは、必要的共同訴訟の成立を明示に要求しているいくつかの個別規定²¹⁴⁾である。これらの個別規定から必要的共同訴訟の制度趣旨を探り、法律上明示されていない場合において、その適用範囲をどこまで拡張すべきか²¹⁵⁾を検討する作業が必要とされる²¹⁶⁾。

以上の作業を経て²¹⁷⁾、今日の判例・学説は、三つの類型の必要的共同訴訟を識別するに至っている²¹⁸⁾。すなわち、①実体法上の

212) 原文を示せば以下の通りである。

Art.102.

(litisconsorzio necessario)

Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo.

Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito.

なお、イタリア民訴法の条文の訳出にあたっては、法務大臣官房司法法制調査部編『イタリア民事訴訟法典——1995年12月20日現在——』(法曹会、1995)を参考にしたが、その訳には基本的には従っていない。

213) この節での記述に関して参照した主要な文献は以下の通りである。

Giorgio COSTANTINO, voce *Litisconsorzio* (*Dir. proc. civ.*), *Enciclopedia giuridica*, vol XIX, Giuffrè, Roma, 1990.

Loriana ZANUTTIGH, voce *Litisconsorzio* (*Dir. proc. civ.*), *Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Civile*, vol XI, UTET, Torino, 1994, 40 ss.

Francesco P. LUISSO, *Diritto processuale civile I principi generali*, 6ed., Giuffrè, Milano, 2011.

C. CONSOLO e F. GODIO, *Commento all'Art. 102*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di L. COMOLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, e R. VACCARELLA, 2012, UTET, Torino, 46 ss.

214) 典型的な例として、父から子への法律上の親子関係解消を求める訴えに関する民法247条や、遺産分割に関する民法784条があげられる。

215) この点、CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 47 s は、基本的な考慮要素として公正な訴訟と訴権の保護をあげ、あまりにも緩やかに必要的共同訴訟の成立を認めると、最終的に本案判決に至らない(あるいはそれに何年もかかる)ケースが増えてしまい妥当でないから、民訴102条の適用は必要的共同訴訟の成立を認めなければ耐えがたいケースに限定すべきであると主張する。

216) LUISSO, *supra* note 213, 291; CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 47 s.

217) 本稿の関心に照らし、学説史については一切割愛するが、さしあたり ZANUTTIGH, *supra* note 213, 41 ss に簡単な紹介がある。

理由による必要的共同訴訟, ②訴訟法上の理由による必要的共同訴訟, ③便宜上の理由による必要的共同訴訟の3類型である²¹⁹⁾。

各類型の意義を簡略に述べれば以下の通りとなる。まず, ①実体法上の理由による必要的共同訴訟とは, 審理の対象となるのが多面的な法関係であり, 原告が訴えによって求める効果を得るためには, 当該法関係の主体全員が訴訟に参加していることが不可欠である場合をいう。次に, ②訴訟法上の理由による必要的共同訴訟とは, 特別な訴えの資格 (*una legittimazione straordinaria ad agire*)²²⁰⁾ を有する第三者が他人間の法関係について訴訟をする場合に, 当該法関係の主体自身が必要的共同訴訟人となる場合をいう。最後に, ③便宜上の理由による必要的共同訴訟とは, 個別訴訟を行うことも不可能ではないが, 同一の訴訟で紛争を処理した方が便宜であるとの立法判断に基づき成立する必要的共同訴訟で, 明文の規定がある場合のみ認められる²²¹⁾。

このように整理すると²²²⁾, 特別な訴えの資格が問題となっておらず, 明文上必要的共同訴訟の成立が要求されているわけでもない

ことに照らして, 本稿の関心事たる相続人の地位に係る訴権についての必要的共同訴訟は, ①の類型に位置付けられるように思われる。そこで, 以下では対象を①に限定して議論を進めることとしたい²²³⁾。

(2) 民訴 102 条の制度趣旨と要件

a 一般論

実体法上の理由に基づく必要的共同訴訟の成立を認める目的は, 訴えを提起したものの, 判決が必要的共同訴訟人とされるべき全ての者との関係で効力を有するのでなければ, 請求によって実現しようとしている効果を実現することができない原告を保護することにあるとされる。すなわち, 特定の法関係を巡る訴訟にあっては, 当該法関係の主体全員に対して合一の裁判がなされなければ当該裁判は無意味と帰する (*inutiliter data*) とし, 折角提起した訴訟が無益な判決をもって終了することを防ぐべく, 原告 (ないしは他の当事者) に対席弁論を補充する機会を付与するのである²²⁴⁾。

この理解によれば, 実体法上の理由に基づく必要的共同訴訟が成立するのは, 裁判所がその法関係の主体全員の面前でなければ (有

218) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 48, 55 ss.

219) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 49 の整理による。

220) 「法律で明示に定められていない限り, 何人も訴訟において他人の権利を主張することができない」とする民訴 81 条は, 訴訟要件としての訴えの資格を裏から規定していると解されている。本文で見た「特別な訴えの資格」とは, その旨が「法律で明示に定められて」いる場合に他人の権利を訴訟で主張できる資格のことをいう。典型的には民法 2900 条が定める債権者代位訴訟を提起する債権者がこれを有する。これらの点については, さしあたり, LUISO, *supra* note 213, 214 ss.

221) 例としては, 遺産分割に関して共同相続人のみならず, 分割に異議を述べた相続債権者をも必要的共同訴訟人とする民法 784 条があげられる (CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 63)。共同相続人全員の参加に関する限りでは, 実体法上の理由に基づく必要的共同訴訟と理解することができるが (その一つの説明の仕方として, LUISO, *supra* note 213, 292), 異議債権者の参加を強制するのは, 立法判断に基づくとされる。

222) なお, 以上の3類型とは別に, 判例・学説上, *litisconsorzio necessario processuale* (訴訟的必要的共同訴訟) という用語が定着している。これは, 我が国流に言えば「訴訟共同の必要」はないが「合一確定の必要」はある類似必要的共同訴訟を指示する概念である。後に述べるように, 民訴 102 条は「訴訟共同の必要」を明示に定めた条文であり (逆に言えば, この条文から直ちに「合一確定の必要」が導かれるとはいえない), それを欠く *litisconsorzio necessario processuale* は, 民訴 102 条の規律対象ではない。こうした点について, 詳しくは, COSTANTINO, *supra* note 213, 2; ZANUTTIGH, *supra* note 213, 41; CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 51.

223) 我が国での議論の蓄積が乏しい必要的共同訴訟に関して包括的な紹介を試みることも自体にも一定の意義はあるかと思われるが, そのような試みをなすには膨大な紙幅を要することとなるから, 断念する。そうはいつても, 実体法上の必要的共同訴訟が必要的共同訴訟論の中心を占めていることは確かであるから, 結局のところ制度の全体像に近いものを適宜取捨選択しつつ示すことになる。

224) 対して, 当事者とされなかった者の保護は実体法上の理由に基づく必要的共同訴訟の目的ではない。そのような者には, いずれにしても判決の効果は及ばない以上, あえて民訴 102 条が保護をしていると論ずる必要がないからである。この点も含め, 本文で示した理解については, Cass., 9.3.2004, n. 4714, in *Mass. Giur. it.*, 2005; COSTANTINO, *supra* note 213, 3; CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 53.

効に、かつ、有用に) 裁判をすることができないであろう多面的な法関係が審判対象とされた場合²²⁵⁾であることになる。

破棄院は、以上の理を次のような定式で示している。すなわち、「必要的共同訴訟は、法律上明示に規定されている場合のほか、審理の対象となった多面的な実体法状態についての裁判が、その実体法状態の主体全員との関係で必ず合一的にされなければならないがゆえに、当該法関係の全ての名義人の参加なしになされた場合には、当該裁判に固有の意義を見出すことができないとき、すなわち、当該裁判が意味のある実際上の効果をもたらさないときに、成立する」²²⁶⁾。

以上を要するに、①多面的な法関係に関して、その主体の一部のみとの関係でなされた裁判が(法関係の性質)、②原告の請求に照らして有用性を持つか否か(原告の意図)が、実体法上の理由による必要的共同訴訟の成立の要否を決する基準となるのである²²⁷⁾。

b 具体例

以上の一般論のもと、具体的にいかなる事例で必要的共同訴訟の成立が認められるのかを見てみよう。

(a) 法関係の形成を求める訴権

第一に、多数当事者間の法関係を形成する(変更する、ないし消滅させる)判決が求められている場合には、他の事情を考慮するまでもなく、必ず必要的共同訴訟が成立する。一部の当事者との関係でのみ当該法関係の形成が実現することはありえない以上、全員と

の関係で効力を持つ形成裁判がなされない限り、いかなる裁判も原告の請求との関係では無意味だからである²²⁸⁾。

(b) 法関係の確認を求める訴権

以上のように、多数当事者間の法関係の形成に向けられた訴権につき必要的共同訴訟の成立が認められるのは見易い道理であるが、現在の判例・学説はこれに加えて、法関係の確認を求める訴権、あるいは債務の履行(給付)を求める訴権との関係でも必要的共同訴訟が成立しうることを認めている²²⁹⁾。

確認訴権につき、判例が必要的共同訴訟を認めたとされるのは、例えば以下の場合であるとされる²³⁰⁾。すなわち、複数当事者間の契約で定められた共有物管理のルールが無効であることの宣言を求める場合(共有者全員の必要的共同訴訟)、多数当事者間契約につき、解除条項に基づく解除がなされた後に、解除が成立したことの確認を求める場合(契約当事者全員の必要的共同訴訟)、共有物につき取得時効が成立したことの確認を求める場合(共有者全員の必要的共同訴訟)、土地の所有者が、抵当権を抹消するために、代理権の欠缺ゆえに有効な抵当権設定行為が存在しないことの確認を求める場合(債権者、抵当権設定行為者、土地所有者の必要的共同訴訟)、ある法関係が虚偽表示であることの確認を求める場合(当該表見的法関係の全当事者の必要的共同訴訟)等である。

また、後に見るように、本稿が取り扱う相続人の地位に関する訴権もこのカテゴリーに

225) 逆に言えば、かかる法関係が付随的問題として審理されるに過ぎない場合には、原告との請求との関係で判決が無意味に帰することには(必ずしも)ならないので、必要的共同訴訟が成立するとは限らない(CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 55によれば、これは破棄院の立場でもある)。

226) Cass., 10.3.2008, n.6381. そのほか、COSTANTINO, *supra* note 213, 55の脚注23記載の諸判例がこの定式を用いているようである。

227) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 57. なお、ここでいう原告の意図とは、個別具体的な原告の意図ではなく、合理的に解釈された原告の意図である。LUISO, *supra* note 213, 295も、法関係の性質と原告の要求との双方に着目しなければ必要的共同訴訟の成否は決せられないことを強調する。

228) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 57によれば、Cass., 11.12.1984, n. 6504は、「複数当事者の状態あるいは関係を変動させることを目的とする形成訴権が行使される場合には、関係する主体の必要的共同訴訟が成立する」との一般論を述べた(なお、この事案では、貸貸人が複数の賃貸借契約の解除訴権が問題となった)。

229) 例えば、遺言異議訴権と必要的共同訴訟に関するリーディングケースとして本節の始めに紹介した1980年判決も、形成訴訟でしか必要的共同訴訟が成立しないわけではないと念を入れて判示しているように、かつては形成訴権においてしか必要的共同訴訟が成立しないとする見解も存在したようである(LUIO, *supra* note 213, 297)。

230) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 58 sの整理に基づく。

位置付けられると考えられる。

(c) 給付を求める訴権

給付を求める訴権につき必要共同訴訟が成立するか否かのメルクマールは、複数の者を相手にした判決がない限り、原告が求める給付の強制執行を行うことができないか否かである。具体的には、共有物に関する作為義務ないし不作為義務の履行を求める場合（例えば、共有建物の収去を求める場合）にのみ、必要共同訴訟が成立する²³¹⁾。

(3) 民訴 102 条 2 項の規律²³²⁾

a 対席弁論の不補充とその効果

必要共同訴訟が成立すべき場合においては、原告又は被告の一部が欠けているときには、裁判所は不変期間を定めて対席弁論の補充を命ずる（民訴 102 条 2 項）。対席弁論の不補充は、当事者が抗弁として主張できるだけでなく、裁判所が職権でこれを指摘することもでき、控訴審・破棄院の段階で初めてこれを指摘することも妨げられない²³³⁾。なお、判例によれば、当事者がこれを指摘する

場合、当該当事者は必要共同訴訟人として訴訟に参加すべき主体が誰であるかということと、補充を基礎づける前提となる事実とを摘示しなければならない²³⁴⁾。

対席弁論の補充がなされれば訴訟の瑕疵は治癒されるが、裁判所による命令にもかかわらず、不変期間内に当事者が対席弁論の補充を行わない場合には、訴訟は消滅する（民訴 307 条 3 項²³⁵⁾）。もっとも、それによって再訴の可能性までもが封じられるわけではない（民訴 310 条 1 項²³⁶⁾）。

対席弁論を補充すべきであったことが控訴審・破棄院の段階で発覚した場合、訴訟は第一審²³⁷⁾に差し戻される（民訴 354 条 1 項²³⁸⁾、383 条 3 項²³⁹⁾）。差し戻しがされた場合、控訴審判決ないし破棄院の送達から 3 か月以内に訴訟を再開しない限り、訴訟は消滅する（民訴 353 条 2 項²⁴⁰⁾、392 条²⁴¹⁾）。

裏から言えば、この段階で即座に訴えが不受理とされる（却下される）という規律がとられているわけではない²⁴²⁾。言うならば、

231) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 60.

232) ここでは制度の建付けを、条文中心に、かつ我が国の必要共同訴訟との比較において重要であると思われる点に重点を置きつつ、簡潔に紹介することを心がける。手続上の細則等も含め、詳しくは、COSTANTINO, *supra* note 213, 4 ss; ZANUTTIGH, *supra* note 213, 53 ss; CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 66 ss の各記述を参照されたい。

233) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 66 s.

234) 本稿の関心との関係でこの理を述べた破棄院判例としては、Cass., 24.11.2009, n.24710 がある。いわく、「遺言の取消しを目的とする訴権は、遺言が無効とされた場合に法律に基づいて相続人となるべき全ての相続人の参加のもとで行使されなければならないが、対席弁論の不補充を主張する当事者は、誰が見落とされた共同訴訟人なのかを、その者の法定相続人の資格を示しつつ、指摘しなければならない」。その他、同趣旨の判例については CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 67 を参照。

235) 民訴 307 条 3 項：「前 2 項に定める場合のほか、法律に別段の定めがある場合を除き、……訴訟を補充する権限がある当事者が……法律上不変期間を定めることを認められた裁判官の定めた不変期間内にそれを行わない場合には、訴訟は消滅する」。

236) 民訴 310 条 1 項：「訴訟が消滅しても、訴権は消滅しない」。

237) ただし、例外的に、破棄院によって控訴審への差し戻しがなされる場合もある。それは、瑕疵が控訴審においてのみ発生した場合であり、具体的には民訴 331 条 1 項（「分離不能な請求又は相互に依存関係にある請求につき、複数の当事者との間で言い渡された判決が、全員との関係で不服を申し立てられなかった場合には、裁判所は、送達となされ、必要な場合には出頭がなされるための期間を定めて、対席弁論の補充を命じる」）違反の場合である。

238) 民訴 354 条 1 項：「前条に定める場合のほか、控訴裁判所は、……第一審裁判所において対席弁論が補充されるべきであったとき……を除いては、訴訟を第一審に差し戻すことができない」。

239) 民訴 383 条 3 項：「破棄院は、第一審が無効であり、それに基づいて控訴裁判所が第一審に差し戻しを行わなければならないと認める場合には、訴訟を第一審に差し戻す」。

240) 民訴 353 条 2 項：「当事者は、判決の送達から 3 か月の不変期間内に訴訟を再開しなければならない」。なお、2009 年 6 月 18 日の法律第 69 号による改正以前は、期間は 6 か月とされていた。

241) 民訴 392 条：「差し戻後の裁判所における訴訟の再開の申立ては、破棄院判決の公告から 3 か月を超えない期間において、いずれの当事者もすることができる」。なお、こちらも、2009 年 6 月 18 日の法律第 69 号による改正以前は、期間は 1 年とされていた。

242) この点につき注意を促すのは、ZANUTTIGH, *supra* note 213, 53.

対席弁論の不補充は訴えの提起に内在する瑕疵ではなく、判決や審理に内在する瑕疵なのである²⁴³⁾。その意味を敷衍すれば以下の通りとなる。対席弁論不補充の瑕疵が治癒されれば、本案判決に向けて従来の訴訟は続行され、訴え提起の効果も、見落とされていた当事者に対して送達のと時から及ぶ。しかし、対席弁論補充の前になされた訴訟行為を見落とされていた当事者に対して対抗することはできない（もっとも、この対抗不可能性は職権で採り上げることはできず、抗弁事由となるに過ぎない²⁴⁴⁾）。

b 対席弁論の補充方法

対席弁論の不補充は以下の3通りの方法で治癒される。すなわち、①未参加の必要的共同訴訟人による任意参加（民訴105条1項²⁴⁵⁾、2項²⁴⁶⁾、268条1項²⁴⁷⁾、2項²⁴⁸⁾）、②当事者の主導による、未参加の必要的共同訴訟人の召喚（民訴106条²⁴⁹⁾）、③裁判所の命令を契機とする未参加の必要的共同訴訟人の召喚（民訴102条2項、106条）である。これらの方法により瑕疵が治癒されない場合には、訴訟の消滅が帰結されることは上述の通りである。見落とされていた必要的共同訴訟人が参加した場合には、訴訟の全当事者のために弁論及び事実審理の手続が再開される²⁵⁰⁾。

なお、関連して、原告側に必要的共同訴訟

が成立する場合に、必要的な原告となるべき者全てが訴えの提起行為をしなければならないのが問題となり、これは否定されているようである²⁵¹⁾。すなわち、原告となるべき者が当事者として訴訟に参加する必要があることと、その者が訴えを提起する必要があることとの間には論理的なギャップがあり、訴え提起を望まない者に当該行為を強いることは妥当でない。そこで、必要的な原告となるべき者のうち、一人が訴え提起し、残りの者にはそれに伴う参加強制さえ課せば十分であるとされる²⁵²⁾。

c 対席弁論不補充のままなされた判決の効果

対席弁論の不補充が見落とされ、判決が出てしまう場合がある。実体法上の理由に基づく必要的共同訴訟の場合、このような判決は見落とされた者との関係においてのみならず、訴訟に参加した者との関係においても、完全に無効（*inutiliter data*）であり、既判力（民法2909条）を生じない²⁵³⁾。

(4) 民訴102条と合一確定の要請

a 合一確定の要請？

以上は、複数の当事者が訴訟に参加することを強制するための規定であり、民訴102条から最低限導かれる規律はこれに尽きているとも考えられる²⁵⁴⁾。すなわち、民訴102条が明示に表現するのは訴訟共同の必要のみで

243) COSTANTINO, *supra* note 213, 4.

244) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 70.

245) 民訴105条1項：「何人も、当事者の全員又はその一部に対して、その訴訟の目的と関係する権利もしくはその訴訟で申し立てられた名義に依存する権利を主張するために、他人間の訴訟に参加することができる」。

246) 民訴105条2項：「前項に規定する場合に加えて、固有の利益が存する場合には、当事者の誰かが主張している論拠を支持するために、参加することもできる」。

247) 民訴268条1項：「参加は結論が出されるまですることができる」。

248) 民訴268条2項：「第三者は、参加の時点において他の当事者がなすえない行為をすることができない。ただし、対席弁論の必要的補充のために任意で参加する場合はこの限りでない」。

249) 民訴106条：「全ての当事者は、訴訟を共有すると考える第三者又はその者によって保証がなされていると主張するところの第三者を訴訟に召喚することができる」。

250) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 69. なお、①・②の方法によって、控訴審の段階で見落とされていた必要的共同訴訟人が参加した場合には、明文を欠くが、原則として審理は第一審へと差し戻されざるをえない。しかし、判例によれば、参加した当事者が「訴訟状態を受け入れる」場合には、例外的にその必要がないとされている（Cass., 5.6.2005, n.16504）。

251) LUISO, *supra* note 213, 301.

252) LUISO, *supra* note 213, 301の言葉を借りれば、この訴え提起行為は、被告に対しては *editio actionis* の意味と *vocatio in ius* の意味との双方を有するが、原告となるべき者に対しては、*vocatio in ius* の意味のみを持つ、ということになる。

253) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 70.

あり、更に合一確定まで保障するかどうかは、論理的にも実定法的にも別の問題である²⁵⁵⁾。

しかし、実体法上の理由による必要的共同訴訟は、まさに合一確定の必要から訴訟共同を導くものであったことからすれば、少なくともこの類型においては²⁵⁶⁾、合一確定が保障される必要がある。こうした観点からすると、「これらの当事者は、同一の訴訟手続において原告となり、又は被告とされなければならない」と定める民訴102条1項の後段は、一度訴訟が係属すれば、全当事者にとって合一的な審理（そしてその結果としての合一的な判決）がなされなければならない旨を表明した規定であると読むことができる²⁵⁷⁾。

b 合一確定の保障手段

では、合一確定はいかなる手段で保障されるのか。まず、民訴306条に基づき、原告側必要的共同訴訟の場合における当事者による認諾や、被告側必要的共同訴訟の場合における当事者による放棄は、他の全員の追認なき限り、効果を生じない²⁵⁸⁾。また、「分離不能な請求又は相互に依存関係にある請求につき、複数の当事者との間で言い渡された判決が、全員との関係で不服を申し立てられなかった場合には、裁判所は、送達がなされ、必要な場合には出頭がなされるための期間を定めて、対席弁論の補充を命じる」として、不服申立ての不可分性を述べた民訴331条が合一確定のための規定として数えられる。更に、事柄の性質上当然に、審理を分離することは許されないと解されている²⁵⁹⁾。

また、民法上にも関連する規定がある。ま

ず、裁判上の自白（民訴228条）の証拠力に関する民法2733条は、2項で「裁判上の自白は、処分不能な権利に関する事実について争われているのでない限り、自白をした者にとって完全な証拠となる」と定めつつ、3項では「必要的共同訴訟（民訴102条）の場合には、共同訴訟人の一部のみによってなされた自白は、裁判所の自由心証に委ねられる」としている。要するに、全員でない限り自白に拘束力は生じない²⁶⁰⁾。これらの規定の趣旨から、証拠一般が全当事者につき一様に評価されるとの一般則も導かれるとされる²⁶¹⁾。

相続人の地位に係る訴権の再検

3 討——遺産分割の前提問題の合一確定？

(1) イタリアの実体法理解

必要的共同訴訟に関する以上の一般論を踏まえて、相続人の地位に係る訴権が必要的共同訴訟とされていることについての評価を下しておくこととしよう。

既に述べたように、相続人の地位に係る訴権について成立する必要的共同訴訟は、3類型でいうところの実体法上の理由による必要的共同訴訟に該当するものと思われる。そうであるとすれば、我が国の通説がそうするように、イタリア法が事後的な遺産分割を見据えた機能的な見地からこれらの訴権に必要的共同訴訟を成立させているとは（少なくとも直ちには）言うことができない。むしろ、①相続人の地位の確認という法関係が多面的かつ単一的であり（法関係の性質）、②原告の

254) ZANUTTIGH, *supra* note 213, 54 は、本文で述べたような訴訟共同の必要が民訴102条の「最小限の意味 (significato minimo)」であるとする。

255) COSTANTINO, *supra* note 213, 2; ZANUTTIGH, *supra* note 213, 54.

256) これに対して、便宜上の理由による必要的共同訴訟については、「訴訟共同の必要」はあるが「合一確定の必要」はないという場合がありうることを示唆されている (ZANUTTIGH, *supra* note 213, 41)。

257) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 64.

258) 民訴306条1項前段：「訴訟の続行に利害関係を有しうる構成当事者から認められた場合には、訴訟は訴訟行為の放棄によって終了する」。

259) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 64. なお、このこととの対比で、任意的な共同訴訟 = *litisconsorzio facoltativo* を定める民訴103条2項は、裁判官は裁量で訴訟の分離を行いうる旨を明示的に定めている。

260) また、宣誓についても民法2738条3項が同様の規律を置いている。

261) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 65.

請求を実現するためには、相続に利害関係を有する全主体との関係で当該法関係を変動させなければならない(原告の意図)という一貫した実体法認識が、必要的共同訴訟の成立を基礎づけているのだということが分かる。

遺言無効訴権についての1980年判決のロジックは、遺言の無効を全員との関係で確認しない限り、一部の者との関係では無効とされた遺言に基づく相続人がなお自らの権利を主張しようとするところ、これでは原告の意図は実現されないとするものであると理解できる(②)。そして、その認識を支えているのは、「ある者が遺言により、別のある者は法律によって同時に規律されることはありえないという裁判の目的たる関係の不可分一体性」(前出・破棄院2005年4月27日判決8728号)という実体法理解であるといえよう(①)。

遺産請求訴権に関する判例のロジックも、当時の判例・通説が採用する遺産請求訴権の確認訴権的把握に基づく限り、同様の枠組で理解可能である。これに対して、遺産請求訴権を給付訴権と捉える近時の学説が必要的共同訴訟の成立を否定するのは、相続人の地位という法関係が訴訟の前提問題であるに過ぎなくなり(①)²⁶²⁾、対象財産の給付さえ得られれば原告の目的が達せられる(②)と解されることになるからである。

相続不適格訴権について言えば、これを形成訴権であるとする理解が必要的共同訴訟の

肯定をもたらしていたことが分かる。

(2) その根源?

問題はなぜそのような実体法認識が成り立つのかである。原告の意図が、自己に割り当てられるべき金銭価値に対応する財産を要求する点に尽きるのだとすれば、個別訴訟を許したとしても原告の意図は実現するようと思われる。例えばドイツではそう考えられていることが明らかである。しかしイタリアでは、ある被相続人に関して生ずる相続法関係の全体が自らの主張に基づいて統一的に規律されること自体に原告の意図があり、原告のもとに財産がもたらされるのは、あくまでもその結果であると観念されているようである。その理由を十分に明らかにするデータは収集できていない。

そこで、この点はオープンとしたまま、遺産分割制度の分析に移る。本章の末尾に、遺産分割制度との関係で、若干の言及をすることにする。

4 イタリアの遺産分割制度

以下では、イタリアの遺産分割の概要について、本稿の関心に沿う限りで検討を行うこととする²⁶³⁾。

(1) 遺産分割の主体と客体

イタリア法では、遺産分割に関する規定として、民法713条～768条、1111条～1116条²⁶⁴⁾、民訴784条～791条が置かれている。

262) この点に関しては前掲注225)及び対応する本文を参照。

263) この節での記述に関して参照する主要な文献は以下の通りである。

Giovanni TOMEL, voce *Divisione III) Divisione giudiziale (Dir. civ)*, *Enciclopedia giuridica*, vol XI, Giuffrè, Roma, 1989.

Giovanni BONILINI, voce *Divisione (Dir. civ)*, *Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Civile*, vol VI, UTET, Torino, 1990, 481 ss. [BONILINI, *Digesto* として引用]

Paolo FORCHIELLI e Franco ANGELONI, *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Della Divisione Art. 713-768*, a cura di Francesco GALGANO, Zanichelli, Bologna, 2000.

Andrea MORA, *La divisione giudiziale, Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, a cura di Giovanni BONILINI, Giuffrè, 2009, 255.

Francesco VENOSTA, *Commento all' Art. 713 - , Commentario del codice civile. Delle successioni. Art. 713-768*, a cura di V. CUFFARO, M. ANTONINI, UTET, Torino, 2010, 4 ss. [VENOSTA, *Art.OOO* として引用]

Giovanni BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni 5ed*, UTET, Milano, 2010. [BONILINI, *Manuale* として引用]

264) 遺産分割を特に対象とする民法713条以下とは異なり、民法1111条以下は、遺産分割そのものを固有の対象とする規定ではないが、遺産共有を含む共有一般に(少なくとも抽象的には)妥当する規律である(VENOSTA, *Art. 713*, 5)。

民法 713 条 1 項によれば、「共同相続人はいつでも²⁶⁵⁾ 遺産分割を請求することができる」。裁判外で行うにせよ、裁判手続を利用するにせよ、遺産分割は（少なくとも）共同相続人全員の関与のもとに行われる必要があり、それを欠いた場合、実体法的に無効となる²⁶⁶⁾。このことを捉えて、遺産分割は主観的包括性を有する行為であるとされる²⁶⁷⁾。

なお、共同相続人が相続分を譲渡した場合の規律について、かつては、相続人たる地位は譲渡不能であり、かつその地位は相続財産の共有者たる地位を凌ぐとの理解のもとに譲渡人たる相続人がなお遺産分割の必要的な当事者になるとの理解が通説であったとされるが²⁶⁸⁾、破棄院 1967 年 11 月 5 日判決 975 号²⁶⁹⁾ は遺産分割の当事者となるのは当該遺産の共有者全員であるとするのが論理的であると、譲受人が当事者になるべきことを明確にした。

遺産分割の客体となるのは遺産（*eredità*）であり、被相続人の死亡時に被相続人に帰属していた全財産である。原則として分割に際しては遺産の全てが対象とされる²⁷⁰⁾ が、共同相続人全員の同意があれば一部分割も可能である。

(2) 遺産分割の方法

遺産分割の方法は、協議分割（*divisione*

amichevole, contrattuale）と、裁判分割（*divisione giudiziale*）とに分けられる²⁷¹⁾。

a 協議分割（*divisione amichevole, contrattuale*）

協議分割は、合意による遺産分割方法である。不動産を対象とする場合には方式要件が課されることその他（民法 1350 条 11 号）、法律上特別な規定は存在しないが、上述の通り、共同相続人全員によってなされることが実体法上の有効要件となる²⁷²⁾。

b 裁判分割

協議分割が奏功しない場合、裁判手続²⁷³⁾を通して遺産分割が行われる。もともと、事前に協議分割が試みられていることは、法律上、裁判分割を開始するための要件にはなっていない²⁷⁴⁾。協議分割と同様、遺産分割の包括的性質がもたらす帰結として、裁判分割においては、全共同相続人の裁判手続への参加が必須とされ、このことは民訴 784 条²⁷⁵⁾によって明示に規定されている。言い換えれば、裁判分割の手続は法律上明文のある必要的共同訴訟である²⁷⁶⁾。

(a) 手続の開始

裁判分割は、全ての共同相続人（更に、存在する場合には分割に異議を述べた債権者）に対し、民訴 22 条に基づき土地管轄を有する裁判所（相続開始地・被相続人の住所を管

265) ただし、民法 713 条 2 項・3 項、715 条、1111 条 2 項・3 項に例外規定がある。

266) 裁判分割に関する限り、民訴 784 条がこのことを明示に規定している。

267) MORA, *supra* note 263, 258, VENOSTA, *Art. 713*, 56 s, BONILINI, *Manuale*, n.237

268) この認識は VENOSTA, *Art. 713*, 57 の記述に負う。この旨を述べる学説の原典にはアクセスできていない。

269) Cass., 11.5.1967, n.975, in *Giur. It.*, 1967, I, 1, 879.

270) 学説では、例えば MORA, *supra* note 263, 258 のように、このことをもって遺産分割は客観的包括性を有するとするものもあるが、本文で述べた通り、この原則は例外則を承認しているのであるから、あえてそう論ずる必要性もないであろう（VENOSTA, *Art. 713*, 56）。

271) この点につき、遺言分割（*divisione testamentaria*）が第三の方法としてあげられることも多い（例えば BONILINI, *Manuale*, n.239）。遺言分割は、フランスのそれと同様、被相続人が主体となり遺言を用いて行う分割であるが、相続開始と同時に特定の相続財産が相続人の固有財産に移転するという意味で、遺産共有を生じさせないから、共有物の解消手段としての *divisione* にはあたらない（BONILINI, *Manuale*, n.245）。フランス法と同様、さしあたり本稿の検討の対象からは外す。

272) その他の点については、さしあたり BONILINI, *Manuale*, n.239.

273) なお、裁判分割の手続が争訟的＝訴訟的（*contenzioso*）か、自由意志的＝非訟的（*volontario*）かについては、見解の対立を見る。MORA, *supra* note 263, 268.

274) MORA, *supra* note 263, 255. もともと、社会的事実としては別であろう（BONILINI, *Manuale*, n.240）。

275) 民訴 784 条：「遺産分割の請求……は全ての相続人……に対して行われなければならない」。

276) その帰結として、共同相続人の一部が参加せずしてなされた裁判分割手続における裁判は無効となる（MORA, *supra* note 263, 259）。なお、相続人の包括承継人も当事者となる（MORA, *supra* note 263, 261 s, BONILINI, *Manuale*, n.237）。

轄する裁判所)への出頭を求める召喚(citazione)をすることによって開始される²⁷⁷⁾。召喚状には、遺産分割の裁判を求める旨と、対象となるべき財産を記載し、財産目録が存在する場合には、それも提出する²⁷⁸⁾。

(b) 分割請求権の存否確定

裁判分割の手続は、大きく2段階に分けられる。第一が原告に遺産分割を求める権利(以下、分割請求権)があるか否かを確定する段階であり、第二が具体的に遺産分割の作業を行う段階である。ここでは前者について論じる。

民訴785条によれば、分割請求の存在に異議がない場合には、事実審理裁判官(giudice di istruttore)²⁷⁹⁾が遺産分割作業の開始決定をする²⁸⁰⁾。

分割請求権の存在に異議がある場合、又は原告が既判力をもって分割請求権の存在を確定してほしいと求めたときには、判決をもって分割請求権の存否が確定される(民訴785条による民訴187条の準用²⁸¹⁾)。

(c) 遺産分割作業

第二段階である遺産分割作業は、更に複数の局面に分節して把握することができる。すなわち、(aa)分割対象財産の形成、(bb)取り分の形成、(cc)分割計画の作成と承認、(dd)取り分の割当と配分である。これらの局面は、実体レベルでは民法718条以下に基づいて、手続的には民訴786条以下に基づいて規律される。遺産分割作業を主導するのは原則として事実審理裁判官であるが、事実審理裁判官の判断で公証人(notario)にこれを委任することもできる(民訴786条)。

(aa) 分割対象財産の形成

初めに行うべき作業は、遺産分割の対象となる財産(massa attiva, massa dividenda)の形成である。贈与財産の持戻しや、相続人の被相続人及び他の相続人に対する債務の計上もこの段階で行われる(民法724条、725条)²⁸²⁾。

(bb) 取り分の形成

分割対象財産が形成された後には、その財産を評価²⁸³⁾し、各自の持分に相当する取り

277) MORA, supra note 263, 263 s.

278) MORA, supra note 263, 265.

279) 事実審理裁判官(giudice di istruttore)について、一般的には、Francesco.P. LUISO, *Diritto processuale civile II Il processo di cognizione*, 6ed., Giuffrè, Milano, 2011, 51 ss. イタリアの民事訴訟第一審手続は、当事者主導の導入段階、事実審理裁判官主導の事実審理段階、合議体主導の判決段階に分かれ、事実審理裁判官は単独で証拠調べ・事実調べを主導する。

それを踏まえて、裁判分割の局面における事実審理裁判官の権能の特殊性については、TOMEL, supra note 263, 6. それによれば、事実審理裁判官の事実審理の権能は、紛争が生じた場合にのみ民訴187条(後掲注281))に基づいて発現する潜在的なものであり、その他の場合に行使する権能は、通常的事実審理権限とは性質を異にする、遺産分割特有の処理権能である。それは、当該権能を公証人に委譲することが認められていること(民訴786条が明文でこれを認める)からも明らかである。

280) MORA, supra note 263, 71. 裏から、民訴785条決定の意義を事実審理裁判官が自らに分割作業を行う権能を付与する裁判であると位置付けることも可能である(TOMEL, supra note 263, 6)。

281) 民訴187条1項:「事実審理裁判官は、訴訟が証拠調べをしなくても本案判決に熟していると判断した場合には、当事者を合議体の面前に移送する」。要するに、民訴187条の準用は判決手続への接続を意味し、その前提となる事実審理裁判官による事実審理は、187条の規律に基づいてなされるということの意味する。証拠調べをしなくても本案判決に熟している場合とは、例えば被告が事実について争わず、もっぱら法的なレベルでの争いが存する場合である(LUISO, supra note 279, 54)。

民訴187条2項:「前提的性質を有する本案の問題について別途判断するために当事者を合議体の面前に移送できるのは、その問題の判断が訴訟を決定づけられる場合のみである」。

民訴187条3項:「裁判権、管轄又はその他の先決問題に関する問題が生じたときにも、前項と同様に裁判する。それらを本案と一体として判断する旨を定めることもできる」。

2項・3項の規律については、LUISO, supra note 279, 59 ssを参照。それによると、民訴187条2項は、権利障害事由・変動事由・消滅事由の存在が確定された場合等、他の点についてそれ以上当事者の要求する事実審理をしても本案の棄却を免れえない状態に至った場合に、無駄な審理が行われるのを防ぐべく全体について的事実審理が済んでいない段階でも合議体へ移送できる旨を定めた規定である(60, 61)。3項は、同様の趣旨から、訴訟要件の欠缺等により、請求却下が確定した場合に、事実審理を終えて合議体に移送しうる旨を定めている(62)。

282) この点については、TOMEL, supra note 263, 7を参照。

分を形成する²⁸⁴⁾ 作業が行われる (民法 726 条)。民法 718 条は、全ての共同相続人は持分割合に対応する動産・不動産を現物で取得する権利があると定め、更に民法 727 条 1 項は、全ての共同相続人は自らの取り分のうちに、相続分の割合に応じた同種同等の動産・不動産・債権が含まれるように要求できると定めている。もっとも、この規定を常に適用するのは不可能である²⁸⁵⁾。明文上の例外として、分割が困難な不動産を一人にとらせて補償金で処理することを認める民法 720 条や、特定の土地の細分化禁止 (民法 846 条、722 条)、民法 727 条 2 項記載の諸動産 (歴史的・学術的・芸術的価値がある蔵書、ギャラリー、コレクション) に関する細分化禁止がこれに歯止めをかける他、民法 728 条が一般的に差額金の支払による現物不平等の解消の余地を認めていることから、現物における平等が絶対的な基準として機能しているわけでないことは明らかである²⁸⁶⁾。もっとも、民法 718 条・727 条の存在は否定し得ないところであり、容易に分割可能な動産等についてはこの基準が可能な限り守られるべきであるとされる²⁸⁷⁾。

(cc) 分割計画の作成と承認

これが済むと、事実審理裁判官は分割計画を書記課に提出し、命令で審理期日を定め、関係当事者に出頭を求めることになる (民訴 789 条 1 項)。命令は当事者に送達される (同条 2 項)。期日において異議がない場合²⁸⁸⁾

には、事実審理裁判官が決定²⁸⁹⁾ で分割計画に執行力を付与する (同条 3 項)。公証人が分割計画を作成した場合も基本的に同様である (民訴 791 条)。

期日において、分割計画に異議が出た場合には、民訴 187 条に基づき、裁判所が異議について判決をもって裁判することになる。異議に関する判断の後、必要があれば分割計画を練り直し、再び同意を得ることになる。

この裁判の対象となるのは、財産の価格評価その他の分割計画作成に関する前提問題であり、それに関して既判力をもって確定がなされることになる²⁹⁰⁾。

(dd) 取り分の割当と配分

(aaa) 明文上のルール

民法 729 条は「等しい取り分の割当は、抽籤によってなされる。等しくない取り分については配分がなされる。しかし、異なる割合の等しい部分を構成する財産については、抽籤をすることもできる」と定めている。ここでは取り分の「割当 (assegnazione)」という用語と、取り分の「配分 (attribuzione)」という用語が使い分けられており、前者は抽籤によって共同相続人と特定の取り分とを結びつける作業を、後者は判事の判断によって特定の取り分を共同相続人に付与する作業をそれぞれ表している²⁹¹⁾。

割当がされる (= 抽籤がされる) のは、問題となる取り分が等価である場合である。例えば、共同相続人である Tizio と Caio の相

283) 遺産分割の時点における市場価格が基準となる。この点も含め、財産評価については VENOSTA, *Art. 713*, 12 を参照。

284) なお、被相続人は遺言で各相続人の取り分の形成方法について指示を与えることができ、これは裁判所をも拘束する (民法 734 条参照)。

285) BONILINI, *Manuale*, n.241; MORA, *supra note* 263, 278.

286) MORA, *supra note* 263, 278, VENOSTA, *Art. 713*, 9.

287) VENOSTA, *Art. 713*, 11.

288) なお、欠席した場合も含め、積極的に異議が出されない限りは同意が推定される。

289) 詳論はしないが、この決定の性質については争いがある (MORA, *supra note* 263, 281 s.)。

290) イタリアの学説において、我が国における遺産確認訴訟に相当する訴訟に関する議論を管見の及ぶ限り見出すことができないのは、このことに由来するのではないかと推測される。ある財産が遺産 (ないし遺産共有又は共有) であることの確認を求める確認訴訟が (理論上) 存在しないわけではないのであろうが、訴訟上の分割手続の中に判決手続が内在化されている以上、特にその訴訟をとりあげて議論する必要性が乏しいということではないであろうか。

291) FORCHIELLI e ANGELONI, *supra note* 263, 221. VENOSTA, *Art. 729*, 142 は、これを単なる記述上の便宜のためと見ることも可能ではあるが、立法者が二つの方法が別物であることを明瞭に示すためにあえて用語を変えたと思われるべきではないかとする。

続分が各2分の1ずつである場合、価値の等しい二つの取り分が形成されているはずであるところ、この場合には、いずれの取り分をいずれの相続人に帰属させるかは、抽籤で決めることになる。この場合に抽籤を行う趣旨としては、第一に、裁判官（又は公証人）の恣意的な裁量行使を抑制でき²⁹²⁾、共同相続人間の公平を実現できること²⁹³⁾、第二には、共同相続人が主観的な理由に基づいて特定の取り分に執着することを不可能にする（それを巡って紛争が生じるのを防ぐ）ことがあげられる²⁹⁴⁾。

他方、配分がされる（＝抽籤がされない）のは、上記以外の場合である。例えば、共同相続人である Tizio と Caio の相続分が3分の1と3分の2である場合、価値にして2:1の二つの取り分が形成されているはずであるところ、これを Tizio と Caio に帰属させる際には、抽籤は行われ²⁹⁵⁾ない。立法論としては、等価値の取り分を三つ形成し、抽籤によって Tizio に二つ、Caio に一つを割り当てることも考えうるが²⁹⁶⁾、立法者は手続の単純化のためにこれを避けたとされる。なお、民法729条の後段は、取り分が等しくない場合でも裁判官の裁量にしたがって²⁹⁷⁾、抽籤が行われ²⁹⁸⁾ることを規定している。その意義は、等しい価値を持つ複数の財産が取り

分と同数存在し、かつ各財産がそれぞれ別の取り分に配分される場合に、その財産について抽籤が行われ²⁹⁹⁾ることにあると解されている²⁹⁸⁾。

以上のことは、結果として、取り分の形成段階における裁判官又は公証人の態度（及びそれに対する共同相続人の態度）にも反映される。すなわち、抽籤が行われることが予期される場合には、どの取り分が誰に行くかは全く不透明であるので、裁判官・公証人は中立的であらざるをえないし、共同相続人も然りである。それに対して、配分が行われる場合には、どの取り分がどの共同相続人に渡るのが取り分形成の段階において明らかであるので、裁判官・公証人の良く言えば配慮、悪く言えば恣意が働く余地があり、共同相続人も特定の財産に対する執着を見せて、議論が紛糾し³⁰⁰⁾うる²⁹⁹⁾。

(b b b) 明文上のルールからの逸脱—— 裁判官の裁量の拡大

もっとも、民法729条は強行規定であると解されていない。学説上争いがないのは、共同相続人全員の合意がある場合、及び遺言者が民法733条に基づいて特定の財産を特定の相続人の取り分に割り当てる旨を表明している場合には、抽籤が行われ³⁰¹⁾ないということである³⁰⁰⁾。

292) BONILINI, *Manuale*, n241. FORCHIELLI e ANGELONI, *supra* note 263, 221 は、これを敷衍して、誰にどの取り分が行くかを事前³⁰²⁾に知ることができないことによって、裁判官（ないし公証人）が財産評価や取り分の形成に際して特定の共同相続人を優遇するといった事態が生じることを絶対的に防ぐことができるとする。

293) VENOSTA, *Art. 729*, 142 s は、共同相続人間における唯一の相違は持分割合の相違であり、持分が等しい状況のもとでは、公平を強く保護すべきであるとする。

294) FORCHIELLI e ANGELONI, *supra* note 263, 221. また、VENOSTA, *Art. 729*, 143 が便宜主義的行動の抑制をあげるのは、本文で述べた意味であろう。

295) なお、例えば3人の共同相続人の持分が2分の1、4分の1、4分の1であった場合には、抽籤による割当と配分とが併用されることになる（VENOSTA, *Art. 729*, 143）。

296) VENOSTA, *Art. 729*, 142 によれば、旧法である1865年民法の996条は、こうした場合、裁判官にくじ引きによる割当をするか配分をするかの選択権を付与していたようである。

297) 共同相続人が望まなくても裁判官が抽籤を行ってよいという点については意見の一致が見られるが（その結論は、取り分の形成が裁判官に委ねられていることに鑑みて支持しうるであろう）、共同相続人が抽籤の実施を要求した場合に、裁判官は必ず抽籤を行わなければならないのかという点については見解の対立がある。FORCHIELLI e ANGELONI, *supra* note 263, 224 は、この規定は抽籤の有する価値を最大限保護しようとする趣旨に出たものであるとの理解に照らして、共同相続人がそれを求める場合には裁判官は必ず抽籤を行わなければならないとする。これに対して VENOSTA, *Art. 729*, 143 は、この場合にも裁判官は拘束され³⁰³⁾ないとする。論拠として、条文のテキストに忠実である限り、抽籤の利点は等しくない取り分が問題となる場合には一般的に無視されているとする Burdese の見解（原典未入手）を引用している。

298) VENOSTA, *Art. 729*, 143.

299) 例えば、FORCHIELLI e ANGELONI, *supra* note 263, 221 はこのことを裏から記述する。

しかし近時の破棄院判例は、更に進んで以下のように論じている。「(裁判官又は公証人が) 特定の共同相続人に肩入れするような事態が生じる可能性に対抗し、分割作業の透明性を図るために民法 729 条が規定する抽籤の基準は……絶対的なものではなく、それが望ましいというのに過ぎないから、裁量的な判断に従ってこのルールから逸脱することができるのである。その判断は、抽籤を行った場合に帰結されよう財産の機能的・経済的な状態に関する客観的要因のみならず、尊重すべき確実な必要性という主観的要因を考慮してなされても構わないのであり、その必要性の評価が適法であるか否かは、専ら動機づけに瑕疵があるか否かという観点からのみなされるのである」³⁰¹⁾。

判例のいう客観的要因とは、複合的な財産が分割されることによる損失の回避等を意味し、こうした事実の考慮は明文上予定されている。これに対して、主観的要因として想定しているのは、ある財産がある共同相続人の生活を支えている場合や、ある共同相続人の固有財産と経済的に強く結びついている場合等であるとされる。学説は前者のような場合はまだしも、後者の場合を考慮事由に含めるのは妥当でないとして、これを裁判官による「過剰な裁量」³⁰²⁾ の留保であると批判している。

5 考察

本稿の最後に、以上の検討からイタリア法が本稿の問題意識にいかなる示唆を与えるかを論じることとする。

(1) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の意義

イタリアにおける、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の位置付けは、フランスにおけるそれと、ほぼ同様であると評価して差し支えなからう。そこで、重複を避けるために端的に結論のみ示せば、以下の通りである。

第一に、分割計画に対する異議を受けて行われる確認訴訟は、裁判所の裁断(抽籤による割当と、裁判官による財産の配分)に終局性を付与するべく、合意の調達できない前提問題につき、裁判分割手続の当事者全員を既判力で拘束するという役割を担う。

第二に、裁判外で遺産分割の前提問題となる事項が争われることもあり、これは私的自治的解決その他の目的に資する。

(2) 裁判所による具体的財産の帰趨の決定

イタリアの遺産分割手続においては、ドイツ・フランスと異なり、裁判所による形成的分割が行われる局面において、具体的な財産の帰趨に着目した裁断が行われうることが特徴的である。明文上裁判官による配分(attribuzione)が行われるとされている場合はもとより、明文上は抽籤が行われることとされている場合においても、近時破棄院は、裁判官の広範な裁量に基づき、配分を実施することができる旨を明らかにした。この意味で、イタリアの遺産分割手続が持つ裁断ルールは、我が国のそれと比較的親近性があるといえることができる。

破棄院の方針転換は、単に抽籤によっていたのでは相続人の生活基盤の保障といった価値が実現されえないことを問題視してのことと思われる。この点、抽籤がもたらす帰結を合理化する手段である優先的帰属の制度を持たないことが、強く影響していると予測されよう。また、フランスと類似した制度をとっているものの、召喚状には協議分割に向けた努力の記載を要しないこと、いつでも協議分割ができることが明文上規定されているわけでもないこと、公証人も裁判官の判断で選任すること、分割計画成立後の合意形成の試みが制度上保障されているわけではないこと等に照らし、私的自治的な解決をバックアップするという意識は相対的に希薄であるといえることができる。その分、具体的財産の帰趨を考慮したプランニングの実現を、明文上のルールを超えてまで、(私的自治的解決に

300) VENOSTA, *Art. 729*, 145; MORA, *supra* note 263, 286.

301) Cass., 18.1.2007, n.1091.

302) VENOSTA, *Art. 729*, 145.

はなく) 裁判官の形成的判断に委ねざるをえなくなったものと評価することもできよう。

(3) 訴訟共同・合一確定の必要

とりわけ、合一確定の必要については、ドイツ法・フランス法においてなしたのとは別の観点から考察が要請されるように思われる。そこで、ドイツ法・フランス法の分析では、訴訟共同の必要を先に論じたが、イタリア法については、合一確定の必要から論じることとする。

a 合一確定の必要

イタリアでは、少なくとも相続人の地位を巡る問題につき、合一確定の必要が言われている。このことが、理論的に何を意味するのか、本稿では明らかにすることができなかった。もっとも、イタリアの裁判分割手続においては、我が国と同様、裁判官が、抽象的な価値の分配という次元を超えて、まさに具体的な財産の分配という次元でのプランニングを引き受けることとされていることと、遺産分割の当事者たる者が合一に確定されていることとは、相性がよいことに間違いがないのであろう。技巧的な判断をする必要性が減ずるためである。また、とりわけ、近時の破産院の判例のように、ある特定の主観的利益を裁判官が強行的に守るという姿勢をとる場合には、IIで検討したように、前提問題が相対的である場合には「ディレンマ」の問題が起る可能性が否定できないところ、そうした問題も、回避されているということができる。しかし、その他の前提問題の合一確定(例えば、相続人の地位に係らない遺言の無効確認訴権(例えば、民法734条に基づく遺産分割方法の指定)や、遺産の範囲を確認する訴権における合一確定。後者については、訴権の存在自体が明らかではない)が、どのようなものとして捉えられているのかも、明らかではなく、未だ検討は不十分である。結局、前提問題の合一確定は、イタリアの裁判分割手続が採用する裁断ルールの機能条件になっているとも見うけるのではないかというのがさしあたりの感触であるが³⁰³⁾、本格的な

検討には程遠いと言わざるをえない。

b 訴訟共同の必要

イタリアでは、裁判分割手続の外部で行う場合でも、それが相続人の地位の存否に係る訴訟であるときには、民訴102条の適用ゆえに訴訟共同が要求される。ここでいう訴訟共同の位置付けは、我が国の伝統的な固有必要の共同訴訟論と似る。

他方で、裁判分割手続の中で行われる、分割計画への異議を受けての確認訴訟では、訴訟共同の意味合いが変わってくる可能性がある。つまり、フランス法に関して述べた通り、この訴訟は、裁判所によるそれ自体不可争力のない裁断を終局的とするために、前提問題を裁断の名宛人全員が争えなくすることを目的とする訴訟であるから、合一確定とは無関係に、訴訟共同のみが要請されていると論ずる余地がある。他方、aで述べたような合一確定に対する考え方が、相続人の地位以外の前提問題にも貫かれるというのであれば、民訴102条の適用の結果としての訴訟共同だと評価できることになる。

以上で比較法の検討を閉じることとする。VIでは、これまでの検討を踏まえて、日本法について再び分析を加えることとしたい。

VI. 日本法の再分析

1 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟

(1) 総論

a 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の複層性

はじめに、比較法的な検討を踏まえると、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟について論じるにあたって、以下のような分析枠組を用いることが有効ではないかとの着想が生じる。すなわち、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟には、異なる役割を担う二つの類型が存在し、両者は区別して論じられるべきであるとの分析枠組である。

303) 念のため釈明しておけば、結果として裁判分割手続の機能条件になっているということを言っているのであり、裁判分割手続を機能させることこそが、合一確定の根拠であるとまで言っているのではない。

第一は、裁断型の遺産分割手続の一環として、裁判所による裁断に終局性を持たせるため、遺産分割の前提問題を確定するという役割を担う確認訴訟である。フランス・イタリアでは、清算書・分割計画に対する異議手続という形で、裁判所による裁断に先立つものとしての確認訴訟手続が遺産分割手続の内部に組み込まれている。そして、そうした訴訟を用意する目的は、それ自体に既判力その他の不可争力を観念しえない、抽籤その他の形式での裁判所の裁断を、将来に渡り不可争な終局的判断として通用させるべく、前提問題を裁断の名宛人全員との関係で終局的に確定してしまうことにある。前提問題の確定は原則として当事者間の合意を通して行われるが、合意が成立しない点について、補充的に確認訴訟の既判力が用いられるのである。ドイツにおける遺産分割の前提問題を争う確認訴訟が、後続の遺産分割の訴えを実効化する手段として位置付けられる場合にも、実質的にはこれと似る。ドイツの場合、遺産分割の訴えに対する判決自体に既判力があるが、その一回の判決をもって（別の判決を要することなく）遺産分割が終局的に完了することを担保することも、分割成熟性要件が果たす機能の一つに数えられるところ³⁰⁴⁾、その充足のために確認訴訟が用いられる場合があると考えられるからである。

第二は、協議による解決を促進する環境を整備するための確認訴訟である。ドイツでは、實際上、この観点が強く意識されていた。これは、ドイツの司法機関が遺産分割に対して消極的にしか関与しないことと対応していると思われる。また、フランス・イタリアでも、遺産分割手続外で遺産分割の前提問題に関する確認訴訟が行われる場合には、こうした機能が期待されうると考えられた³⁰⁵⁾。

遺産分割の前提問題を争う確認訴訟が見せるこの複層性は、裁判所主導の垂直的な法形成と、協議による水平的（私的自治的）な法形成とが二重に観念されるという意味での、遺産分割法関係の複層性に対応したものであると考えられる。そうであるとするれば、そのような遺産分割法関係を共有する我が国においても、こうした視角を準備することは有益であると思われるのである。

すなわち、我が国における遺産分割の前提問題を争う確認訴訟のうちにも、本来は2通りのものを識別することができる³⁰⁶⁾。第一は、それ自体は既判力を持たない遺産分割審判を、不可争な終局的判断として通用せしめるべく、審判の前提問題を審判の名宛人間で不可争なものとして確定するための確認訴訟である。そして第二が、遺産分割手続とは相対的に無関係に、協議による解決を実現するための環境を整えるタイプの確認訴訟である。以下、叙述の便宜上、前者を裁断準備型訴訟、後者を協議促進型訴訟と呼称することとする。我が国では、裁断準備型訴訟が遺産分割審判手続の外部に括り出されている結果、両者を形式的には識別できないのである。

さて、以上の視角を、Ⅱの最後に提示した訴訟共同と合一確定という二つの要請を区別する分析枠組と接合するならば、本稿の課題は次の通りとなろう。すなわち、裁断準備型訴訟、協議促進型訴訟において、それぞれ訴訟共同・合一確定という規律を要求することに理由があるかどうかを問い、各々の訴訟のあるべき姿を同定することである。

b 裁断準備型訴訟の規律

比較法的に見ると、裁断準備型訴訟は、裁断型の遺産分割手続に組み込まれているのが通常である。ドイツの確認訴訟は、遺産分割

304) 本稿Ⅲ2(2)d(b)で述べた①②③のうち、③に関わる叙述を参照。

305) 清算書・分割計画の異議を巡る確認訴訟も、事実上、合意を促進する意味を持つことは前述の通りである。しかし、法形式上は、これは前提問題のうち合意が取り付けられない事項を、判決をもって不可逆的に確定し、裁断を準備するという役割が期待されていると言えよう。

306) もっとも、遺産分割の前提問題となる事項が、協議分割・審判分割それぞれの環境整備という脈絡の外で提起されることもありうるから、裁断準備型訴訟・協議促進型訴訟以外の意味付けを与えられた第三の訴訟を想定することも可能であろう。とはいえ、そうした訴訟の在り方を描き出すことはさしあたり本稿の関心の外にある。

の訴えに際しての予備的申立てに起源を持つし、フランス・イタリアでは、清算書・分割計画に対する異議に対する判決という形で、前提問題を終局的に確定する確認訴訟が用意されている。要するに、他の諸国における裁断準備型訴訟は、形式的にも遺産分割手続という裁判システム自体の構成要素であるとされているのであり、その意味で、他の一般的な確認訴訟とは位置付けが異なるのである。言い換えれば、裁断準備型訴訟は、直後に待ち受ける裁判所による裁断の存在を踏まえてこそ存在意義を認められる従属的な訴訟であり、形式的にも実質的にも、それ自体が独立した目的を持つ一般的な確認訴訟とは、性質を異にするということが出来る。

これに対して我が国では、遺産分割審判手続が非訟とされていることに恐らくは関係して³⁰⁷⁾、裁断準備型訴訟が形式的に遺産分割審判手続の外部に括りだされた構造となっている。このことから、裁断準備型訴訟が後続する遺産分割審判の存在を踏まえてこそ存在意義を認められる訴訟であるとの認識が希薄になり、むしろ、自立的な意義を有する一般的な訴訟と同視されがちなのではないかと推測される。

しかし、我が国においても、まさに遺産分割審判手続の過程で争われた前提問題が、そのまま訴訟に持ち込まれるというケースが多いようである³⁰⁸⁾。その場合、訴えを提起した原告の目的は、前提問題を審判の名宛人の間で確定することによって、後続の審判を終

局的判断たらしめることに他ならず、当該訴訟の存在意義はまさにその点にのみ存するとと言える。そうであるとすれば、少なくともこのような経緯で提起された訴訟については、これを裁断準備型訴訟と法性決定し、それに相応しい規律に服せしめるのが望ましいと考えられよう。

裁断準備型訴訟が遺産分割審判手続の一環として用意される理由は、それ自体は既判力を持たない遺産分割審判を、不可争な終局的判断として通用せしめるべく、審判の前提問題を審判の名宛人間で不可争なものとして確定することにある。そのことに照らせば、ある訴訟が裁断準備型訴訟として提起される場合、その訴訟に審判の名宛人となるべき者全員が参加していない限り、原告は訴えを提起した目的を達成することができないのであるから、その訴訟を維持することには意味がないと考えられる。換言すれば、訴えの利益が欠けることになるのである。無論、一回の訴訟で全員を縛ることは論理必然ではないが、遺産分割審判手続の過程で争われた前提問題について個別訴訟の提起を許すことは、連鎖的な訴訟提起さえ招きかねず有害である反面、実質的には遺産分割審判手続の一環と見るべき訴訟に、遺産分割審判手続の当事者全員の参加を求めることが、原告の提訴権の不当な制限になるともいえない³⁰⁹⁾。結果として、裁断準備型訴訟には遺産分割審判の名宛人となるべき者³¹⁰⁾ 全員の訴訟共同³¹¹⁾ が要求されることになると考えられよう。

307) 周知の通り、我が国でもかつては遺産分割が訴訟事項とされており、1947年の改正民法と、同年の新立法である家事審判法によって、これが審判事項とされたという経緯がある。

308) 例えば小坏眞史ほか「遺産分割事件処理上の課題」判タ1137号77頁、121頁(2004)は、「訴訟事項である前提問題が争われる場合においては、まず、訴訟での解決を図ることが先決であるから、訴訟提起を促すとともに遺産分割事件の取下げを勧告し、訴訟で決着がついた後に改めて遺産分割の申立てを行うよう指導しているのが現在の実務である」とする。田中寿生ほか「遺産分割事件の運営(下)」判タ1376号56頁、63頁(2012)も同旨。また、木村要「遺産分割の審理手続」島津古稀・前掲注33)137頁、特に143頁以下。その他多数の資料が存在する。

309) 反対する一部の者のみを当事者として(他の者を巻き込まずに)紛争を解決したいという原告の動機は、「遺産分割は、骨肉の争いであり、各相続人が出生以来の親、兄弟など親族関係に抱いている感情が絡み、その総決算の場になっている感がある。ここでは、長年の怨念も噴出することになり、財産争いの背景に感情の対立、葛藤が加わり、これが解決を一層困難にしている」(木村・前掲注308)137頁)等と評される相続紛争の特質に照らせば無視できないものではあるが、その要請の受け皿となるのは後述の協議促進型訴訟である。裁断準備型訴訟が実質的には裁判上の遺産分割手続の一貫であり、裁判上の遺産分割手続には遺産分割の当事者全員が参加せざるをえないことに照らせば、裁断準備型訴訟においてこの種の動機を掬いとる必要性はない。

310) 誰が遺産分割審判の名宛人になるべき者であるかは、それが実体法上遺産分割の主体となるべき者と一致

c 協議促進型訴訟の規律

これに対して、協議促進型訴訟は、遺産分割審判と制度的に強い連続性を持たず、協議分割のための環境整備を目的として提起される訴訟である。裁判上の遺産分割手続を行う以前にあえて一部の者のみを相手取って確認訴訟を起こす原告の目的は、争う意思のない者を巻き込まず、協議による穏便な紛争解決を実現するための環境を整備することであろう。そして、相続紛争の社会的な性質に照らせば、そうした目的を尊重することには合理性があると考えられる³¹²⁾。それにも関わらず、訴訟共同を要求するならば、それは過剰規制であろう。実際に、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を主として協議促進型として位置付ける現在のドイツでは、争う意思のない者との関係では確認の利益自体が否定されている³¹³⁾。要するに、協議促進型訴訟においては、裁断準備型訴訟におけるのと異なり、訴訟共同という規律を課すことに合理性がないのである。

(2) 各論

a 遺言無効確認訴訟

以上の一般論は、遺言無効確認訴訟にも妥当する。すなわち、本稿の視角からすると、遺言無効確認訴訟のうちにも、裁断準備型訴訟と、協議促進型訴訟とが存在する。そして、裁断準備型訴訟には訴訟共同を要求し、協議促進型訴訟にはそれを要求しないという

規律を準備することが、遺言無効確認訴訟の規律としても望ましいと言えよう。

問題は、裁断準備型訴訟と協議促進型訴訟とをいかなる基準で識別するかである。従来の学説も、遺言無効確認訴訟には固有必要的共同訴訟とするのが望ましい類型と、そうでない類型とがあることを主張しており、その識別指標は、問題となった遺言が遺産分割の前提問題をその内容とするか否かであった³¹⁴⁾。確かに、ある遺言の無効確認訴訟が裁断準備型訴訟と性質決定される以上、問題の遺言は遺産分割の前提問題をその内容としているはずである。しかし、本稿の視角によれば、遺産分割の前提問題を内容に含む遺言が問題となっている場合であっても、なお協議促進のために個別訴訟を許すべき場合は存在するのであり、その場合にまで訴訟共同を強制するのは過剰規制である³¹⁵⁾。つまり、有効性を争われている遺言が、遺産分割の前提問題をその内容にすることは、ある遺言無効確認訴訟を裁断準備型訴訟と性質決定するための必要条件ではあるが、十分条件ではないといえる。

そこでいかなる十分条件を用意すべきかが問題となるが、ここまでの議論から一義的な解答を導くことは困難である。しかし、さしあたり次のようなことは言えるように思われる。これまでの検討によると、裁断準備型訴訟と協議促進型訴訟とを識別する実質的な

するとの前提を取る限り、実体法の解釈問題である。その意味で、共同相続人の一部が自己の相続分を他の共同相続人に全部譲渡した場合の遺産確認訴訟における訴訟共同の範囲が問題になった最判平成26年2月14日民集68巻2号113頁は、この点に係る最高裁の実体法解釈を明らかにした判例であると位置付けられよう。相続分を全部譲渡した相続人の当事者適格を否定する最高裁の結論は、遺産分割の当事者たる地位を相続人たる地位そのものよりも相続持分権者＝財産権者たる地位に結び付ける理解を前提にするものであり、賛成できると思われるが、比較法的には相続人たる地位と財産権者たる地位を分離させ、前者に強い意義を見出す立場がありえないではないことを想起するならば（イタリア法につき本稿V4(1)。なおフランスには、妻の父親が死亡した場合に、妻が取得する相続分を共有するだけの夫には、裁判分割を請求する資格がないとしたCiv.1^{re}, 2 avril 2008, n°07-11254がある）、こうした実体法理解も自明であるとまでは言えないのかもしれない。

311) もっとも、相続人の地位が問題になる場合等、遺産分割の当事者の範囲自体が争われる場合につき、この命題には事案に応じた修正を施す必要がある。例えば、教室説例的であるが、法定相続人がABCであり、Cを排除し、Dを包括受遺者とする遺言が存在する、Cがこの遺言の無効確認訴訟を起こす（両条項がまとめて争われると想定する）、という事例を考えよう。この場合には、原告の主張が正当である場合に遺産分割審判の名宛人となるべき者全員（ABC）と、原告の主張に理由がない場合に遺産分割審判の名宛人となるべき者全員（ABD）との訴訟共同が必要だ（結果、ABCDが当事者になる必要がある）ということとなる。

312) 前掲注309)を参照。

313) 本稿III4(3)a参照。

314) 本稿II1(3)a参照。

315) イタリア法をどう位置付けるかは問題であるが、ドイツ法、フランス法はこの思考である。

イントは、原告がその訴訟を提起した目的である³¹⁶⁾。そして、その目的を判断するための客観的な媒介項として、訴訟が提起された時機に着目することが有効ではないかと考えられる。例えば、未だ家事調停・家事審判の申立てがなく、原告を含む当事者が（裁判所を交えない）協議分割を目指している時機に訴訟が提起された場合、たとえ遺産分割の前提問題を内容とする遺言の無効確認訴訟であっても、それは協議分割のための環境整備を目的として提起された協議促進型訴訟であると性質決定すべきであろう。他方、既に家事審判が申し立てられ、その過程で遺言の解釈に疑義が生じ、訴訟での解決が求められたような場合、その訴訟は審判分割のための環境整備を目的とする裁断準備型訴訟と性質決定すべきであろう。

かくして、例えば「①裁判上の遺産分割手続（審判又は調停³¹⁷⁾が係属し、②その過程で争われた遺言条項の有効性が問題となっている遺言無効確認訴訟では、遺産分割の当事者全員の訴訟共同が要請される」とすることを合理的なルールの一例として提案できよう。①は時機に着目する結果である³¹⁸⁾。②は必要条件としての遺言の内容への着目の結果である。後者を敷衍すれば、偶発的に遺産分割と無関係な遺言条項（例えば後見人の指定）が家事調停・審判の係属している時機に争われるという事態もないではないところ、それを裁断準備型訴訟とすべきではない。ここで、ある遺言条項の有効性が遺産分割に関する家事調停・家事審判手続の過

程で争われるとすれば、それは畢竟、その遺言条項が遺産分割の前提問題を内容としているからに他ならない。そうであるとすれば、②を設けることによって、必要条件の充足をも自然と担保することができるであろう。以上の基準は、従来の遺言の内容のみを問題とする基準が抱える複雑さ、原告の予測可能性の欠如³¹⁹⁾という問題点をも克服していると言えよう。

b 遺産確認訴訟

次に、遺産確認訴訟を検討する。判例・通説は、遺産確認訴訟には常に訴訟共同を要求してよいと考えている。もっとも、ある財産の遺産帰属性を一部の当事者の間で確定することが、協議による解決の促進をもたらすことは明らかであるように思われる。そうであるとすれば、遺言無効確認訴訟と同様、遺産分割手続の開始以前に起された遺産確認訴訟は協議促進型訴訟と位置付けるべきであり、したがって訴訟共同を要請すべきでないし解すべきなのであるか。

本稿からの解答はこうである。ある財産の遺産帰属性を問題とする場合、協議促進型訴訟の役割を担うべき確認訴訟としては、共有持分権確認訴訟³²⁰⁾及び所有権確認訴訟が用意されている。所有権確認訴訟や共有持分権確認訴訟も、共同相続人間で行われる場合には、事実上、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟として機能する。協議分割のための環境を整備することが目的であれば、「遺産帰属性」を既判力で確定することまでは必要でなく、ある財産がある共同相続人の単独所有に

316) 遺言の内容を必要条件、原告の目的を十分条件として訴訟共同の要否を決することを志向する本文の立場は、訴訟共同の要否（民訴102条適用の要否）の判断に際して、訴訟物たる法関係の性質のみならず原告の意図をも考慮すべきことを強調するイタリアの通説的理解（本稿V2(2)a参照）と整合するものである。イタリア法のこうした視角は、我が国の訴訟共同論一般にとって有益である可能性がある。

317) 審判の係属だけを問題にすることも考えうるが、遺産分割の調停が不調となった場合には、当然に審判に移行するとされていることを考えれば（家事事件手続法274条4項参照）、両者を一体と見て、調停が係属したに過ぎない場合も、同様に扱って構わないであろう。

318) なお、現在の実務の運用によれば、訴訟が係属した場合、遺産分割手続の申立ての取下げが勧告されるようである（前掲注308）の諸文献参照。こうした実務を踏まえると、①要件の判断基準時を口頭弁論終結時ではなく、例外的に訴訟提起時にすることも考えられるが、理論的には実務の運用を改めるべきであろう（取下げをさせる理論的必然性はなく、非訟手続をペンディングすればよい）。

319) 山本（和）・前掲注4)53頁。

320) 判例上、共有持分権の確認訴訟は固有の共同訴訟であると解されておらず（最判昭和40年5月20日民集19巻4号859頁）、したがって、訴訟共同の必要もないとされている。共有権と共有持分権とを分ける判例理論には異論も多いが、本稿の観点からは、この判例にも一定の意義を見出しうることになる。

帰するか否かが端的に確定されれば十分なのである。

これに対して、あえて「遺産に帰属することの確認を求める」との請求の趣旨のもとに訴訟を提起する場合には、それは必然的に、遺産分割審判が後続することを見込んだ裁断準備型訴訟であると評価して構わない。この理解は、遺産確認訴訟の意義を「これに続く遺産分割審判の手續及び右審判の確定後において、当該財産の遺産帰属性を争うことを許さないとすることによつて共同相続人間の紛争の解決に資することができる」³²¹⁾ 点を求める判例の理解そのものであるとも言える。

かくして、遺産確認訴訟は常に裁断準備型訴訟であり、したがって常に訴訟共同が要求されるとしてよい。翻って、遺言無効確認訴訟において、上述の如き場合分けが必要となるのは、遺言無効確認訴訟の場合、協議促進型訴訟として提起されるときにも、裁断準備型訴訟として提起されるときにも、請求の趣旨・訴訟物が同一であらざるをえないために、その点に着目して規律を違えることが不可能であるからである。

c 相続人の地位不存在確認訴訟

相続人の地位不存在確認訴訟を検討する。この訴訟にも、協議促進型訴訟と裁断準備型訴訟とが存在するはずである。しかし、遺言無効確認訴訟とは異なって、両者を識別するために遺産分割手續開始の先後といった時機に着目することは有効でない。なぜならば、遺産分割手續の当事者となるべき者の範囲自体を既判力で確定するという意味をも持つ相続人の地位不存在確認訴訟は、遺産分割手續が開始する以前の段階から既に、まさに裁断準備型訴訟としての機能を果たすことがあるからである。

この点に着目し、常に訴訟共同を要求するという判例・通説の結論を支持することも可能であると思われる。その場合、確かに、原告が真に協議促進の目的を有していることが

明らかなきにまで訴訟共同を厳密に要求することの当否については疑問がないではないが、時機という客観的な媒介なしに目的を認定することは實際上困難だから、一律に訴訟共同を要求する他ないと論じることになる³²²⁾。

2 遺産分割の前提問題と合一確定

(1) 裁断準備型訴訟と合一確定

以上の議論から、裁断準備型訴訟においては遺産分割審判の名宛人全員の訴訟共同が要求されると言える。次に問題となるのは、これに加えて、判決の合一確定(内容の画一化)までが必要か否かである。

比較法的に見ると、ドイツにおいて典型的なように、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟につき合一確定が要請されることは全く自明でない。典型的な裁断準備型訴訟を用意するフランスでは、清算書の異議手續における訴訟共同が実現する結果として、合一確定が事実上実現しているようであるが、合一確定それ自体に価値が見出されているわけではない。他方、イタリアでは、少なくとも相続人の地位を巡って、強く合一確定が要請されていた。

本稿は既に、合一確定の必要は民法 906 条をどうイメージするかという問題と関係しているとの見通しを示した³²³⁾。実際、比較法からも、ドイツやフランスのように抽象化された財産を機械的に分配する法制度のもとでは、合一確定への関心は乏しく、逆に、イタリアのように具体的財産の帰趨に関心を持つ法制度のもとでは合一確定への関心が高い、ということが緩やかには言えそうである。かくしてこの問題は、やはり民法 906 条をどうイメージするかという問題を無視しては論じえないということになる。

(2) 解釈の選択肢

比較法的に見ると、裁判所が具体的財産の

321) 平成元年判決の判旨より引用。

322) なお、例えば包括受遺者たる地位や遺言による認知の有効性が問題になっている場合であれば、然るべき時機に遺言無効確認訴訟を提起することによって個別訴訟が可能になる。この意味で、相続人の地位に関わる協議促進型訴訟が凡そ排除されているわけではない。

323) 本稿 II 2(3)参照。

帰趨に着目した遺産分割のプランニングを自らの形成的判断によって行うこと自体、普遍的でないことが明らかである。ドイツ・フランスでは、裁判所が遺産分割を行うに当たり、全ての遺産が金銭的価値の次元に押し上げられて抽象化される。裁判所が形成的に関与するのは、各人の権利に対応する額の抽象化された財産を割り当てる限りにおいてである。また、イタリアでも、明文上、部分的にそのような思考が採用されていた。こうした例を参考に、日本の民法906条もこうした割り切りを許す規範だと論じることができるのであれば、合一確定の必要は高いものではない(せいぜい、合一確定されていれば、遺産分割の処理が実際上平易になるというに過ぎず、その程度のことのために合一確定を制度的に担保する必要があるのかは疑問である³²⁴⁾ということになる³²⁵⁾(解釈①)。

次に、民法906条は具体的な財産の帰趨に関心を持ち、あらゆる事情を総合的に考慮しつつ創造的なプランニングをすべきことを指示している規範であると解しつつも、「財産aは相続人Aに与えなければならない」という形で具体的な財産の帰趨を一義的に指示し、それに反する遺産分割を違法とする程の要求をする規範ではないと解釈する余地がある(解釈②)。このように解釈した場合、合一確定が必須の要請であるとは直ちには言えない。しかし少なくとも、前提問題が相対的に確定されていた場合、技巧的な処理が不可欠となり、家庭裁判所による創造的なプランニングという趣旨が少なからず害される、あるいは、遺産分割の不可分性・総合性が失われ、遺産分割が歪んだ形になるということは言えるから³²⁶⁾、民法906条の趣旨から合一確定が何らかの程度で必要であること(あるいは合理的であること)を導出できる。

最後に、民法906条が「財産aは相続人Aに与えなければならない」という形で具体的な財産の帰趨を一義的に指示し、それに反す

る遺産分割を違法とする規範として機能すると解釈する余地もある(解釈③)。相対的処理がされた場合、家庭裁判所は具体的な財産の帰趨を巡ってディレンマに陥りかねないから、それを防止するため、合一確定は必須の要請であることになりそうである。

以上の見通しを踏まえ、日本の遺産分割制度の全体的な在り方に照らし、民法906条をいかなる性質の規範として読むべきかを検討することとしたい。

(3) 検討

a 金銭価値の分配規範?

まず、解釈①のように、抽象的に計算された金銭価値に対応する財産を分配すれば、民法906条の要請が満たされると解釈することは望ましくないであろう。

第一に、「遺産に属する物又は権利の種類及び性質、各相続人の年齢、職業、心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮」することを求める民法906条の文理上、そうした読み方をするのは困難であるように思われる。

第二に、確かにドイツやフランスでは抽象的な金銭価値の次元のみを問題とする基準が採用されているが、その裁断基準が適切な遺産分割の実現のために直接ワークすることが期待されているわけではない。むしろ、裁判所による形成的判断をあえて形式化・弱体化させておくことで、その他の制度と相俟って、私的自治を裏から実質化することを期待しているのだと評価すべきである。これに対して我が国では、私的自治を実質化するための制度が特に用意されていないから、裁判所の形成的判断で実質を実現する期待は構造上大きく、ここを形式化してしまうべきではあるまい。実際、実務上も遺産分割の審判は、合意が実現しない場合、それに代わって実質的なプランニングを実現するものとして理解されている³²⁷⁾。かくして解釈①は、形式的にも実質的にも採りがたいであろう。

324) 現に、諸外国においてそうした議論は凡そされていないと思われる。

325) これは、我が国における従来の議論で言えば、本稿がⅡ2(3)で解釈したところの高橋教授の立場に近いということができそうである。もっとも、あくまで本稿の見立てであり、高橋教授の真意は明らかでない。

326) 従来の我が国における指摘として、山本(和)・前掲注4)50頁、菱田・前掲注5)870頁。

327) もっとも、これは「制度」の問題(例えば、ドイツやフランス流の「制度」を日本に持ってくればそれで

b 具体的財産の帰趨への関心の程度

では、民法 906 条が具体的な財産の帰趨にも関心を払い、実質的なプランニングを家庭裁判所に期待する規範であるとして、解釈②③のいずれが採られるべきか。

比較法的に見る限り、実質的な遺産分割の実現を私的自治に委ねんとしている国においてさえも、特定の質をもつ具体的財産に対して、ある相続人が有する主観的利益が、何らかの方策で固く保護されていることが注目される。すなわちドイツでは、BGH が合意促進手段としての共同相続人の遺産競売権に制限を加え、特定の質を持つ具体的財産が現物のまま特定の相続人のもとに残ることを事実上強制している。フランスには、明文上優先的帰属の制度が存在し、その適用範囲は近時拡大されている。イタリアでは、明文上は抽籤が行われるべき場合にも、相続人の「尊重すべき確実な必要性という主観的要因」に基づき、明文ルールを逸脱して裁判所が裁量的な配分を行おうとの立場を破棄院が採用した。これは、特定の主観的利益が抽籤で害されてしまうことに破棄院がストップをかけ、裁判所による後見的な保護を認めたものと評価することができる。

このように、比較法上、特定の財産に対す

る特定の主観的利益は各々の仕方で固く保護されている。これに対して我が国では、こうした特定の主観的利益を固く保護するための特別の制度が用意されておらず、そうした主観的利益の実現は、専ら家庭裁判所の裁量的判断に委ねられているといえることができる。比較法的に見て、特定の主観的利益が明文上固く守られ、もしくは明文ルールを逸脱してまで守らざるをえない状況になっているとすれば、我が国でもそうした利益を固く守る方向性を目指すことには実体法的観点から見て相当な合理性があるように思われ、民法 906 条にその受け皿としての役割を期待することも不可能ではあるまい。

また、裁断者に実質的な形成的判断権を与えることで、共同相続人間の公平・公正が害される危険性がフランスでは特に強く意識されており、イタリアでも、裁断者の形成的権限を強化する方向性を示す破棄院判決に対して、学説からは根強い懸念が表明されているのに対して、我が国の遺産分割制度はこの危険性に極度に鈍感であると評価することが許されよう³²⁸⁾。こうした観点から裁断者の広範な裁量を統制すること自体に意義があるとすれば³²⁹⁾、裁量の枠付け要素として、特定の財産に対する特定の主観的利益は民法 906

済むということ)に尽きるものではないのであろう。本稿の比較法的考察から明らかになったのは、遺産分割において、裁判による解決を重視するか、私的自治による解決を重視するかにつき、各国が認識を異にしているという事実であり、そうした前制度的な法に対する考え方の違いこそが決定的であるように推察されるからである。そうした「考え方」のレベルで言うと、例えば梶村・前掲注 33)216 頁が、遺産分割審判はもともと「協議に代わる審判」の性質を有するとし、「協議や調停の不成立ないしは不能のゆえに審判手続に移行したわけであるから、家庭裁判所は、当事者が合理的に判断したならば成立したはずの『協議』ないし『合意』の結果に照応するような内容の審判をすべき」とする点には、裁判所が私的自治を代替することに積極的である我が国の「考え方」が象徴的に現れていると言える。(手近な解釈論的示唆を得ることではなく)我が国におけるこのような前提的認識の意味を批判的に検証することこそが比較法という研究手法の意義であると考えるが、本稿では、専ら筆者の力量不足によりそれをなしていない。もっとも、本文中家事審判の存在を前提とする議論を組み立てているからといって、筆者が日本の「考え方」にシンパシーを持っているというわけではないことは注記しておく必要がある。あくまで現行法という与件のもとで解釈論を展開するという本稿が自ら設定した制約ゆえのことであるに過ぎない。

328) なお、こうした発想に関係する実務資料として、最高裁判所事務総局家庭局「昭和 42 年 3 月開催 家事審判官会同概要」家裁月報 21 卷 2 号 1 頁がある。遺産分割の審判において相続分を家裁が動かしてよいかという問題提起に対し、横浜家裁の代表は「あらゆる相続人間の具体的な公平」を担保できるようになるのであり、「本当の意味での正義」及び「家裁が信頼される」ことを目指すならば、「家裁の裁量によってある程度法定相続分を動かしようというふうに解する」べきだと論じている(80 頁)。それに対して大阪の代表は、「法定相続分が画一的に定められていることと裁判所の形成の関係であるが、全く基準なくして、裁判官を信頼しろ、国民の権利の内容は裁判所が内容を形成するという考え方は、そういう形で審判をやられると、却って国民の信を失なう虞れがありはしないか」とする(83 頁)。なお、念のために言えば、現在においては相続分を家裁が裁量的に変更することが認められえないことには異論がない。

329) 訴訟・非訟・ADR も含め、裁断者と被裁断者(の一部)との間に、何ら結託がないということは、手続法

条に基づいて厳格に保護されなければならないとすることは、手続法的観点から見ても望ましいと言えよう。

仮に以上のように考えるのであれば、それは解釈③を採用することに等しい。もっとも、では我が国において固く保護されるべき特定の主観的利益とは何なのかという問いに直ちに答えることは不可能であり、今後の検討課題とする他ない³³⁰⁾。

かくして、本稿は、少なくとも特定の主観的利益が問題になる場合、解釈③の立場にも魅力を感じる。もっとも、以上はありうる立論の一つであるに過ぎず、以上のように解釈する必然性が論証できたとは到底言えない。とはいえ、仮に解釈②にとどまるとしても、aで述べた我が国の遺産分割制度の構造からすれば、民法906条は極めて実質的な役割を担っており、家庭裁判所に相対的処理という技巧を強いることは可及的に回避すべきであると主張することは十分に可能であろう³³¹⁾。

(4) 結論

以上の検討から最低限論証できたと思われるのは、民法906条という裁判ルールとの関係では、遺産分割の前提問題を合一確定することが強い合理性を持つということであ

る³³²⁾。逆に、民法906条を前提にすれば、遺産分割の前提問題を合一確定することが必須の要請であるということまでは論証できていない。では、それを前提に、裁断準備型訴訟をどう規律するべきか。

結論からすると、審判の名宛人全員の訴訟共同を前提とする裁断準備型訴訟については、民法906条の趣旨に鑑みて、民訴40条に基づく手続合一（裁判資料と訴訟の進行の合一）の規律に服せしめるべきであると考えられる。訴訟共同は要請した上で、手続合一を否定する論拠となりうるのは、各当事者の処分権の尊重という視角であろう。私法上の権利は各自が自らの意思で処分することができるとの実体法上の私的自治原則と、それに対応する訴訟上の処分権、通常共同訴訟人独立の原則といった価値は、民訴40条の要求する手続合一の規律との緊張を孕むことになる。しかし、この局面においてその問題を意識する必要性は相対的に少ないと思われる。というのも、裁断準備型訴訟では、もはや局面が単純な私的自治の世界から家庭裁判所のもとでの集団的な紛争処理の世界へと移行しているのであり、各人の処分権という観点は、相対的に後景に退けてしまっ構わないと考えられるからである³³³⁾。

が守るべき基本的価値の一つである。例えば、裁判官の除斥・忌避の制度（民訴23条、24条）は、我が国の民訴法がその価値を重んずることを表明するものであると解釈できる。

330) さしあたり、フランスの優先的帰属が最大の検討対象となるが、ドイツやイタリアの実務等、幅広い検証を要する課題であろう。民法906条の文言と、本稿が行った比較法的検討の限りで大まかに言えそうなのは、被相続人の生前から存続してきた「居住」の保護や、事業や農地等の複合資産の効果的な運用という観点が重要になるということくらいである。

331) 昭和56年判決の態度から推察するに、判例は恐らく、創造的なプランニングを期待しつつも、具体的な財産の帰趨を一義的に指示することはしない規範として民法906条を捉えていると思われるが、必ずしも真意は明らかではない。もっとも、後述の平成9年判決がこれに一定の示唆を与える可能性を残す。

332) 要するに、合一確定を実体法上の要請と捉えることになるが、これが伝統的な「管理処分権説」との関係においてどう位置付けられるのかは難しい問題である。実態としては、イタリアにおけるように、複数当事者による法関係の不可分性（*indivisibilità*）・単一性（*unitarietà*）から合一確定の要請を導き出しているというのが素直であるが（因みに、*CONSOLO e GODIO, supra note 213, 76*は、ドイツの *notwendige Streitgenossenschaft*（ZPO62条）の要件と *litisconsorzio necessario*（民訴102条）に関して学説判例が導き出してきた要件は、結果的に同じであるとしている）、従来の我が国の学説との関係では緊張を孕むかもしれない。

333) とりわけ、遺産分割手続内部における遺言の有効性及び解釈については、それが多数当事者紛争を規律する実体規範としての意味を持ち、専ら被相続人の意思に根拠を置くものである以上、当事者の一人がその有効性や解釈を「処分」する権利を持つと考えるべきではない。むしろ、その解釈を詰めようとする者の姿勢が、争う気のない当事者との関係では実体法上優先されるべきであり、その意味で、民訴40条は極めて適合理的な規律を提供するとさえいえる。もっとも、遺言の有効性如何によって所有権の帰趨が決まる（典型的には第三者に対する特定遺贈条項の有効性）といった局面では、遺言の解釈の争いは、実質的に実体権の存否の争いであり、「処分」権の視角が復活しうる。その意味でも、今の議論は、裁断準備型訴訟でない遺言無効確認訴訟を個別訴訟で行わせることに理由がないことを意味しない。

(5) 協議促進型訴訟と合一確定

次に、以上を踏まえて協議促進型訴訟における合一確定の意義を確認しよう。協議分割が実現する場合、矛盾した判決の存在は、事実上の障害にこそなれ、法的な障害にはならないと考えられる。とはいえ、協議促進型訴訟を提起して協議分割を目指したが、結果としてそれが奏功せず、家事審判に連れ込むことはありうる。(3)で示した解釈からすれば、遅くともその局面においては、合一確定が実現されていることが不可欠である、あるいは強い合理性を持つということになる。

もっとも、1(1)cで述べた協議促進型訴訟の性質に照らせば、協議促進型訴訟を固有必

要的共同訴訟とすることで合一確定を実現するという途は避ける必要がある。何らかの手立てで協議促進型訴訟の当事者とならなかった者にも判決効を拡張するという方向性³³⁴⁾と、複数の矛盾する判決の存在を前提に、付加的なルールを用意して結論の統合を図る方向性³³⁵⁾とが想定できそうであるが、この点について具体的な結論を出すことは本稿の射程を超える。

3 結語——残された問題

以上で本稿の議論を閉じる。最後に、結語として、本稿で十分に検討しえなかった残さ

334) 山本(克)・前掲注24)28頁注33はここに位置付ける。

335) 例えば、II 1(3)cで紹介した田中・山崎両判事の議論は、矛盾判決が存在する場合、家庭裁判所が新たな判断を形成することで合一確定を実現しようとするものであるとも位置付けられる。遺産分割審判手続内部で物事を決定することが事柄の性質に適合することは確かである。しかし、訴訟事項に対する訴訟裁判所の判断を、非訟手続での審理に基づいて覆滅しうること自体の正当性に疑問が残ること、審判後に更に訴訟が提起され、審判内部での判断と矛盾抵触が生じた場合(とりわけ、協議促進型訴訟の判決が矛盾しているという前提状況を考えれば、この危険性は現実的である)には結局審判が覆滅する結果になりそうであること等の理由から、こうした主張に与することには躊躇を覚えるであろう。

この議論に着想を得て、本稿としては、裁断準備型訴訟の判決に協議促進型訴訟の判決を塗り替える法律要件の効果を認めるとの理解を前提に、矛盾判決が存在する場合の審判申立ての適法要件として、裁断準備型訴訟の確定判決を要求するという方向性(ドイツにおける分割成熟性要件の換骨奪胎)が望ましいのではないかと考えている(判決の「塗り替え」については谷口安平「判決効の拡張と当事者適格」中田淳一選譯『民事訴訟の理論(下)』51頁, 55頁注7(有斐閣, 1970), 高橋利文「片面的対世効ある判決と共同訴訟人の一部の者の上訴」貞家克己退官『民事法と裁判(下)』178頁, 181頁(金融財政事情研究会, 1995))等を参照。「法律要件の効果」という説明原理は高田裕成「いわゆる類似必要的共同訴訟関係における共同訴訟人の地位——多数当事者訴訟における合一確定の意義——」新堂幸司古稀『民事訴訟法理論の新たな構築(上)』641頁, 669頁注48(有斐閣, 2001)に負う。共同相続人の一部の問での(本稿の観点からは協議促進型訴訟である)所有権確認訴訟の後に、(裁断準備型訴訟である)遺産確認訴訟の提起を認めた最判平成9年3月14日判タ937号104頁は、この観点から解釈する余地があるのではないか。

もっとも、これでは必然的に複数の訴訟を必要とすることになる。この観点からすると、例えば、組合債務の実現につき、債権者による個別訴訟は許しつつ、全ての組合員との関係で債務名義を得た場合にのみ強制執行を可能とする三ヶ月教授の解釈論(前掲注188)のように、矛盾判決の存在を前提に(判決を塗り替えることなく)最終的な合一確定を実現するという方向性がより一層魅力的である。では、遺産分割における具体的な財産の帰趨を巡る紛争につき、このような発想を応用できるであろうか。最も分かりやすい遺言の例を用いて検討してみよう。組合債務の事例につきかかる議論が妥当であるのは、紛争当事者間に債権者・債務者という実体法構造的な非対称が存在し、(債務の不履行という)現状を変動させる負担は、債務の不存在を主張する債務者ではなく、債務の存在を主張する債権者に負わせるべきであると考えられるためであろう(これは、自力救済の禁止という*a priori*な法の一般原則から導かれる)。では、遺言の有効性を争う紛争について、そのような実体法構造上の非対称が存在するであろうか。要するに、遺言が有効である場合の法状態と、遺言が無効である場合の法状態のいずれかを、実体法構造的に優位な法状態としてデフォルト化できるかが問題となる。例えば、遺言に対する警戒感が強く、原則として法定相続人の側に相続財産占有(*saisine*)を与えるというフランス法的な思考からすれば、具体的な財産の帰趨は、遺言が無効である場合の法状態を前提にして決せよとの解釈論がありえないのではないかもしれない。しかし、我が国の民法はこうした思考を知らない。結局、現在の我が国の実体法理解を前提にする限り、遺言が有効である場合の法状態と、遺言が無効である場合の法状態とのいずれがデフォルトとされるべきかを決することは不可能なのではないだろうか。同じことは、相続人の地位やある財産の遺産帰属性が問題になっている場合にもあてはまる。デフォルトの法状態を想定できない以上、いずれの法状態を主張する側の当事者に負担を負わせるのかを一義的に決めることは困難である。結局、こうした方向性は魅力的でこそあれ理論的に実現困難ではないかと思われる。

れた問題について、その所在のみを示しておくこととする。第一に、我が国の遺産分割制度のもとでは、裁断準備型訴訟の利用による遺産分割審判の不可争化を当事者に強制することができないという問題が存在する。第二に、それと深く関係するが、裁断準備型訴訟を利用することにより、ある一つの前提問題については一回的かつ画一的な解決を実現することができるとしても、他の前提問題は未解決のまま残され、その意味で真に一時的な解決が図られる保障はない。こうした問題の発生は、例えばフランスやイタリアでは制度的に回避されているところ、我が国でもこうした問題に対処する必要がないか、解釈論的努力はもちろん、立法論まで視野に入れた検討がなされるべきであろう³³⁶⁾。

* 謝辞

本稿は、筆者が2013年度に提出した研究論文に加筆・修正を施したものである。また、公益財団法人末延財団から頂戴した、比較法論文執筆者を対象とする法科大学院奨学金の成果でもある。

指導教員を引き受けていただいた高田裕成教授には、幾度となく議論に付き合って頂き、数多の鋭いご批判を賜った。筆者の能力

不足ゆえ、その多くを本稿に反映できていないことが心底悔やまれるが、この経験を今後の研究生活の糧とすることで学恩に報いる他はないと考えている。

また、個別にお名前を挙げることは差し控えるが、他の複数の先生方とも本稿に関して議論を交わす機会に恵まれ、多くの有益なご示唆を頂いた。

最後に、執筆当時は法科大学院での狭義の学友であり、今や研究科の同僚となった宇野瑛人、川島享祐、土井翼、東條明德、脇田将典の諸氏、及び、今や妻となった岡成明希子との交流が、筆者の作業を深いレベルで支えてくれたことを銘記せずにはおけない。

かくも恵まれた執筆環境にあつて、未だ本稿に残されている多くの問題点は、無論のこと全て筆者に帰責される。反対に、本稿に少しでも見るべきところがあるとすれば、それは全て以上の方々のご支援の賜物である。この場を借りて、心からの感謝を申し上げたい。

(おかなり・げんた)

336) こうした問題に対して、実務は様々な工夫で対処している。例えば、木村・前掲注308)は以下のように論じる。「当事者が審判において訴訟事項である争点についても審理、解決することを望む場合には、家庭裁判所としてはその点の審理をも行うことになるが、この場合には、審判における判断に対する不服は、抗告手続によることにとどめ、審判確定後、争点について別に訴訟を提起しない意向であることを確認し、期日調書にその旨記載しておくことが考えられてもよいのではなかろうか」。「訴訟事項である争点について別訴を提起せず、家庭裁判所での審理を望みながら、前記の確認に依らず、不満があれば審判確定後もさらに訴訟を提起して争うことも考えているような態度は、裁判制度を利用する者の在り方として妥当でないであろう。それならば、むしろ、まず、別訴を提起して争点を解決したうえ、遺産分割手続をすすめるようにすべきである。この確認の記載は、家庭裁判所の判断に既判力がないことによる争点の蒸し返しを防ぐため、場合により不起訴の合意として、あるいは訴訟における信義則の適用を考えるうえで、有益であろう」(145-146頁)。また、小坪ほか・前掲注308)88頁も、遺言の効力ないし解釈が争われた場合につき、「当事者が訴訟提起をしない意思を表明し、あくまでも家庭裁判所における審理判断を希望する場合には、速やかに審判に移行し、審判手続を進めるべきである。その際、紛争の蒸し返しを防ぐため、遺言の効力の判断は家庭裁判所の審判に従い、訴訟では争わない旨の合意(不起訴の合意)を取り付け、調書に記載しておくことが望ましい」とする(また、121頁も参照)。更に、松津節子「複雑困難な遺産分割事件の処理方法」野田愛子=梶村太市総編集『新家族法実務大系 第3巻 相続 [1]——相続・遺産分割——』328頁、331頁(新日本法規出版、2008)は、前提問題に争いがあり、かつそれを訴訟で解決するには及ばないという場合、「前提問題について合意をさせることが考えられる。その場合には、後日争いが蒸し返されるのを防止するため、財産の帰属に争いがある場合を例に取れば、遺産であることを確認する旨の中間調書を作成することが望ましい(中間証書の記載事項には既判力はないので、別途、遺産の範囲についての調停を成立させることも考えられる。)」とする。つまりこれらは、不起訴合意の取り付けや、部分的な調停の導入によって、フランス・イタリアにおける前提問題の合意による確定を代替しようとする試みであると評価できる。しかし当事者がこれにも応じない場合には手の施しようがないということになり、これにも応じないような当事者こそ蒸し返しを図る蓋然性が高そうであるとすれば、実務の懸命な努力をもってしても、問題は残されるという他ない。